



EUI WORKING PAPERS IN LAW

EUI Working Paper LAW No. 92/22

**Linguaggio giuridico e realtà sociale.
Nota sulla critica realistica del
concetto di diritto soggettivo**

MASSIMO LA TORRE

European University Institute, Florence

European University Library



3 0001 0013 6381 3

Please note

As from January 1990 the EUI Working Paper Series is divided into six sub-series, each sub-series is numbered individually (e.g. EUI Working Paper ECO No 90/1).

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF LAW

EUI Working Paper LAW No. 92/22

**Linguaggio giuridico e realtà sociale.
Note sulla critica realistica del
concetto di diritto soggettivo**

MASSIMO LA TORRE

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author.

© Massimo La Torre
Printed in Italy in March 1992
European University Institute
Badia Fiesolana
I - 50016 San Domenico (FI)
Italy

CONTENTS

1. Positivismo filosofico e realismo giuridico	2
2. Una teoria riduzionistica dei concetti giuridici. Alf Ross	8
3. Analisi del diritto e semiotica. Karl Olivecrona	25
4. "Funzioni" e "realtà" del diritto soggettivo. Karl Olivecrona	34
5. Teorie dei diritti e teorie del diritto. Ancora su Olivecrona	45
6. Metafisica e fatti giuridici	64
7. I limiti del diritto	78

Qui tuttavia mi soffermerò non tanto sulla relazione tra un certo modo di intendere il rapporto tra diritto e potere e lo statuto assegnato di conseguenza alla figura del diritto soggettivo, quanto sul problema della "realtà" del diritto soggettivo. Questa è stata negata da più parti, ripetutamente.

Tale negazione è provenuta, in particolare, da quei pensatori che hanno sviluppato una concezione naturalistica, materialistica, o "realistica" della società. Se si ritiene che il fatto sociale sia in tutto e per tutto identico o riducibile al fatto naturale, è ovvio che non troverà posto nella categoria dei fatti e sarà considerato puramente fantastico ogni concetto facente parte della cultura di una società, al quale non corrisponda un referente materiale concretamente osservabile. Parimenti, se si ritiene che la società sia governata da leggi tanto cogenti come quelle della natura, quali che siano tali leggi sociali a secondo della concezione adottata (materialismo storico, evoluzionismo, funzionalismo, ecc.), i singoli fenomeni sociali ed in particolare quelli culturali in senso stretto verranno subordinati a qualcosa che sta loro dietro, che li dirige verso qualche meta, che li rende funzionali alla sopravvivenza di un sistema. Per queste teorie, che in senso lato e con molta approssimazione chiamerei deterministiche, lo stesso diritto (oggettivo) viene a perdere la sua propria autonoma identità e col diritto ogni attività che si esprima simbolicamente. Il diritto diventerà un mezzo a qualche fine, il quale ultimo sarà iscritto o nella natura delle cose o nella storia o nell'evoluzione o nella funzionalità di un sistema, un fine dunque che esiste già di per sé. In una tale concezione del mondo non vi sarà posto per il diritto soggettivo, che è per definizione il diritto del soggetto, dell'individuo innanzitutto.

L'individuo costituisce storicamente la base ideologica del diritto soggettivo. Ebbene, è proprio l'individuo che viene attaccato dalle teorie deterministiche, che lo degradano da quel

creatore che era per le concezioni umanistiche a prodotto di qualcos'altro, del condizionamento biologico, delle forze di produzione, dell'inconscio, oppure di una società che egli subisce e non crea.⁴

1.2. Auguste Comte, padre del positivismo filosofico, sferra un formidabile attacco alla nozione di diritto dell'individuo, in quanto questa nozione è considerata per un verso "metafisica" e per altro verso "immorale". "Metafisica", perché non corrisponde ad alcun fatto sociale determinato, perché priva di "riferimento" potremmo dire ricorrendo a concetti e termini del neopositivismo logico; "immorale", perché antisociale e individualistica. I due attributi negativi riferiti alla nozione del diritto soggettivo sono strettamente connessi: quel concetto è immorale perché metafisico, e viceversa. Il che rivela la fallacia dello scientismo comtiano che scivola dal piano dell'"essere" a quello del "dover essere" e finisce poi per sovrapporre i due piani.

Comte bolla con parole di fuoco l'idea stessa di un diritto dell'individuo affermato per sé stante: "Le mot droit doit être autant écarté du vrai langage politique que le mot cause du vrai langage philosophique. De ceux deux notions théologiques-métaphysiques l'une (droit) est désormais immorale et anarchique comme l'autre, cause, est irrationnelle et sophistique [...]. Il ne peut exister de droits véritables qu'autant que les pouvoirs réguliers émanèrent de volontés surnaturelles. Pour lutter contre ces autorités théocratiques, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit de prétendus droits humains qui ne comportaient qu'un office négatif. Quand on a tenté de leur

4. Sugli esiti antiindividualistici di certo positivismo filosofico, cfr. G. PASSO', Storia della filosofia del diritto, Vol.3, Ottocento e Novecento, Bologna 1970, p.194.

donner une destination vraiment organique, ils ont bientôt manifesté leur nature antisociale, en tendant toujours a consacrer l'individualité. Dans l'Etat positif qui n'admet pas de titre céleste, l'idée de Droit disparaît irrévocablement. Chacun a des devoirs envers tous, mais personne n'a aucun droit proprement dit".⁵

La negazione radicale dei diritti dell'individuo compiuta da Comte viene ripetuta, su un piano più propriamente giuridico, da Léon Duguit. Mentre in Comte oggetto della negazione era piuttosto la nozione politica ed etica di "diritto dell'uomo", Duguit si rivolge contro la nozione tipicamente giuridica di "diritto soggettivo". Anche per questo giurista, come per Comte, il diritto soggettivo è una nozione ad un tempo "metafisica" (perché ad essa non corrisponde alcun oggetto concreto della realtà materiale) ed "immorale" (perché pone l'individuo al di sopra della società, e quindi colloca i bisogni del singolo al di sopra delle esigenze della collettività).

Scrivendo Duguit: "La notion fondamentale qui est a la base de 1789 et de 1804 et de toutes les législations positives qui s'en sont inspirées est celle de Droit subjectif: le Droit subjectif de l'Etat personnifiant la collectivité, le Droit subjectif de l'individu. Je dis que cette notion est purement métaphysique, ce qui est en contradiction certaine avec les tendances des sociétés modernes".⁶

Duguit rigetta la tesi secondo cui le norme giuridiche avrebbero per fondamento la protezione dei diritti dei singoli. Duguit ritiene, riecheggiando idee di Durkheim, che la funzione

5. A. COMTE, Système de politique positive, Vol.1, Paris 1851, p.361.

6. L. DUGUIT, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Paris 1912, p.9.

del diritto (oggettivo) consista non tanto nella garanzia accordata all'autonomia dei privati cittadini quanto nel mantenimento della coerenza, e nell'integrazione, delle differenti parti che compongono il sistema sociale. "La règle juridique, qui s'impose aux hommes, n'a point pour fondement le respect et la protection de droits individuels qui n'existent pas, d'une manifestation de volonté individuelle, qui par elle-même ne peut produire aucun effet social. Elle repose sur le fondement de la structure sociale, la nécessité de maintenir cohérents entre eux les différents éléments sociaux par l'accomplissement de la fonction sociale qui incombe à l'individu".⁷

Contro la nozione di diritto soggettivo Duguit utilizza anche un argomento tipico del positivismo giuridico, di cui il giurista francese è pure un critico assai deciso. L'argomento in questione è quello -- da un punto di vista logico-formale inattaccabile -- della priorità del diritto oggettivo rispetto al diritto soggettivo, ovvero della priorità logica, temporale e gerarchica della norma che qualifica giuridicamente una certa situazione di facoltà. Il passaggio inverso, dal diritto soggettivo al diritto oggettivo, dalla facoltà o situazione alla norma, risulterebbe formalmente impossibile. Di ciò si fa forte Duguit. "On n'a jamais démontré et on ne pourra jamais démontrer humainement le passage du droit subjectif au droit objectif et comme, de l'autre côté, il est impossible d'admettre l'antériorité du droit subjectif au droit objectif, le droit subjectif est une chimère".

7. Ivi, pp.25-26. Corsivo mio.

Il n'y a pas de droit subjectif".⁸

1.3. Una critica alla nozione di diritto soggettivo analoga a quella di Duguit, ma meglio fondata epistemologicamente, si trova -- come è noto -- nelle teorie del realismo giuridico scandinavo, in particolare in quelle di Axel Hägerström e di Vilhelm Lundstedt. Il motto adottato da Hägerström censeo metaphysycam delendam esse ci dà il senso delle sue ricerche e dei suoi studi di diritto, diretti a sollevare il velo metafisico e ideologico di cui si ammantava la dogmatica giuridica.

Hägerström va però oltre la critica della dogmatica, investendo concetti di cui non si serve solo il giurista ma anche più in generale l'uomo comune, concetti cioè entrati anche nella coscienza giuridica della società, quali ad esempio "obbligo" e "diritto". Hägerström mira innanzitutto a saggiare lo statuto -- diciamo così -- ontologico dei concetti giuridici, e segnatamente del diritto soggettivo. Questa nozione si rivela, alla sua analisi, priva di qualsiviegli referente oggettivo. Ad essa non corrisponde alcuna realtà materiale, alcun fatto. "The factual basis -- scrive Hägerström -- which we are seeking cannot be found, then, either in protection guaranteed or command issued by an external authority. But, on the other hand, we cannot find any other fact of which it could be said that it corresponds to our idea of a right of property or a rightful claim. This insuperable difficulty in finding the facts which correspond to our ideas of such rights forces us to suppose that there are no such facts and

8. L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, II ed., vol.1, Paris 1921, p.221. Su quest'attacco di Duguit alla nozione di diritto soggettivo, cfr. il classico saggio di C.K. ALLEN, Legal Duties, in ID., Legal Duties and Other Essays, Oxford 1931, p.158 ss.

that we are here concerned with ideas which have nothing to do with reality".⁹

Per Hägerström la radice dei concetti giuridici, ed in particolare dell'idea di diritto soggettivo, affonda in una visione -- per così dire -- primitiva del mondo, per cui la realtà è essenzialmente retta da forze magiche.¹⁰ Per diritto soggettivo dunque si intende ancor oggi -- a giudizio del filosofo scandinavo -- una certa forza, la quale esiste a prescindere da ogni potere naturale, forza che pertanto appartiene ad una sfera diversa da quella della natura.¹¹ La radice dell'idea di diritto soggettivo è allora nella psicologia umana, nella convinzione che certe parole, certi gesti, abbiano di per sé effetti nel mondo naturale. Così si spiega -- secondo Hägerström -- perché l'uomo affronta la lotta con maggiore energia quando è convinto di aver il "diritto" dalla sua parte, di rivendicare cioè un suo diritto soggettivo, giacché tale convinzione comporta la credenza, spesso inconscia, di essere sostenuti da una forza misteriosa che si sprigionerebbe per l'appunto dal diritto soggettivo.

2. Una teoria riduzionistica dei concetti giuridici. Alf Ross

9. A. HÄGERSTRÖM, Inquiries into the Nature of Law and Morals, trad. inglese di C.D. Broad, a cura di K. Olivecrona, Stockholm 1953, p.4. Corsivo nel testo.
10. In merito, cfr. C. FARALLI, Diritto e magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo filosofico, Bologna 1987, passim.
11. Sulla concezione del diritto soggettivo sviluppata da Hägerström, cfr. E. PATTARO, Il realismo giuridico scandinavo, I, Axel Hägerström, Bologna 1975, p.201 ss.

2.1. Alf Ross è meno radicale di Duguit nella critica alla nozione di diritto soggettivo. Egli prende espressamente le distanze dall'estremismo di quella teoria, pur condividendone l'impostazione realistica. Secondo il giurista scandinavo, anche se dietro il concetto di diritto soggettivo non v'è alcuna realtà, tale concetto può tuttavia -- se usato appropriatamente e con la consapevolezza della sua mancanza di "riferimento" -- svolgere degli utili servizi alla giurisprudenza, alla tecnica giuridica. Inoltre, Ross ribadisce che il diritto soggettivo deve essere studiato come concetto giuridico e quindi sul piano giuridico, mentre Duguit e Lundstedt lo prendevano in considerazione principalmente sul piano sociologico, sul piano cioè degli effetti sociali.¹² "Le idee di Duguit e Lundstedt -- scrive Ross -- sono viziate da una confusione tra il punto di vista giuridico e quello sociologico. Il vantaggio economico, la possibilità fattuale di agire (la posizione protetta di cui questi autori parlano) è ovviamente la conseguenza pratica di una situazione giuridica, non è la situazione stessa. Ma come ogni concetto giuridico, quello di diritto soggettivo deve essere analizzato come strumento per la descrizione di un contenuto giuridico. Nessuno dei due autori ci dà una analisi da questo punto di vista".¹³

Come è noto, per Ross una norma giuridica può essere descritta come segue:

12. Vedi ad esempio V. LUNDSTEDT, Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments Against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice. A Criticism of Jurisprudence, London 1925. Sulla critica di Lundstedt alla nozione di diritto soggettivo, cfr. S. CASTIGNONE, La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia, Milano 1974, pp.110 ss.

13. A. ROSS, Diritto e giustizia, trad. it. di G. Gavazzi, II ed., Torino 1965, pp.176-177.

D (se F, allora C),
ovvero come una direttiva rivolta ai giudici, per cui se si
verifica la fattispecie F, dovrà emanarsi la sentenza C. Ma
questa è la struttura della norma, non vi è posto per alcuna
entità o concetto del tipo di quelli connotati col termine di
"diritto soggettivo". Secondo la dottrina tradizionale tra la
fattispecie F e la conseguenza C può aversi un terzo momento, ad
esempio un diritto soggettivo. Nel caso del diritto di proprietà
la compravendita farebbe sorgere tale diritto, e il possesso di
questo abiliterebbe all'esercizio dell'azione di rivendica contro
chiunque lo contestasse. Questa concezione è -- a giudizio di
Ross -- "metafisica", poiché presupporrebbe da un lato
l'esistenza di entità al di fuori della dimensione spazio-
temporale e d'altro lato il potere magico di creare realtà per
via di mere parole. L'unico effetto della fattispecie giuridica è
-- a giudizio di Ross, che qui riprende idee di Lundstedt¹⁴ --
quello di costituire la condizione perché si realizzi un
comportamento del giudice. "Non c'è niente di "creato" nel fatto
che A e B si scambiano poche parole giuridicamente interpretate
come "contratto di compravendita". Tutto quel che c'è, è che il
giudice ora prenderà in considerazione questo fatto e in
un'azione di rivendica pronuncerà una sentenza a favore del

14. Vedi V. LUNDSTEDT, op.ult.cit., pp.110-111: "The truth of the matter is the one interpolates these conceptions between the fact (e.g. a contract, a nuisance or other 'wrong', etc.) and the legal effect without any basis in reality whatsoever - i.e. purely in the imagination - and then believes that one can deduce the legal effects from them" (corsivo nel testo)

compratore".¹⁵

Dato che la norma giuridica risulta dalla combinazione di F (fattispecie giuridica) e di C (conseguenza giuridica, di solito una sentenza o altro provvedimento del giudice), può darsi che a F_1 seguano $C_1 C_2 C_3 \dots C_n$ cioè che ad una certa fattispecie possano seguire più conseguenze giuridiche. Parimenti, a F_2 seguiranno $C_1 C_2 C_3 \dots C_n$. Così anche per $F_3, F_4 \dots F_p$. Ovvero si avrà che ad una pluralità disgiuntiva di fattispecie giuridiche è connessa una pluralità cumulativa di conseguenze giuridiche. Ovviamente, per il giurista maneggiare le norme, così come esse risultano strutturate nella combinazione $F + C$, riesce particolarmente difficile. Egli necessita perciò di accorgimenti che riducano la complessità e la molteplicità delle possibili combinazioni $F_p - C_n$. Il concetto di diritto soggettivo, come analoghi concetti giuridici, ha allora -- secondo Ross -- la funzione di uno strumento di lavoro, di un espediente per rendere più semplice l'uso delle singole norme, facendo sì che le varie fattispecie giuridiche F_p vengano ricomprese entro una categoria P (ad esempio il diritto di proprietà) cui si riconnettono tutte le conseguenze giuridiche F_n . Ross quindi concepisce il diritto soggettivo come una tecnica di presentazione che consente al giurista di lavorare più comodamente sulla massa delle norme, le quali rimangono la sola "realtà" del diritto. Tale "tecnica" è assai importante, sostiene il giurista danese, il quale a questo proposito critica Duguit e Lundstedt, proprio perché "nessuno di essi si rende conto dell'importanza del concetto come strumento di

15. A. ROSS, op.ult.cit., p.162. Per una interessante riformulazione di questi argomenti di Ross, vedi E. BULYGIN, Naturaleza jurídica de la letra de cambio, Buenos Aires 1961, p.19 ss.

presentazione".¹⁶ D'altra parte, però, "bisogna [...] nello stesso tempo ribadire che il concetto di diritto soggettivo è senza alcun riferimento semantico. Esse non designa qualche fenomeno che si inserisca fra la fattispecie e le conseguenze giuridiche derivate, ma è soltanto un mezzo che consente di rappresentare visivamente, più o meno esattamente, il contenuto di un insieme di norme giuridiche, di quelle norme cioè che connettono una certa pluralità disgiuntiva di fattispecie ad una certa pluralità cumulativa di conseguenze giuridiche".¹⁷

16. Ivi, p.177.

17. Ivi, p.164. Dieto questo modo di pensare si intravede una teoria referenziale del significato, vale a dire quella teoria secondo la quale termini, concetti ed enunciati hanno senso, se ad essi in qualche modo può corrispondere un oggetto o un fatto concreto nel mondo. E' questa stessa teoria del significato che fa dire a H.L.A. Hart che espressioni come "diritto soggettivo" o "persona giuridica" non hanno una controparte nel mondo fattuale, controparte di cui sarebbero invece munite gran parte delle espressioni del linguaggio ordinario (vedi H.L.A. HART, Definition and Theory in Jurisprudence, Oxford 1953, p.5 ss.).

Vi è inoltre una parentela tra la concezione di Ross e la visione che dei concetti in generale hanno certe filosofie positivistiche e pragmatistiche "For a concept, as I understand it - scrive ad esempio Karl Llewellyn -, is built for a purpose. It is a thinking tool" (K. LLEWELLYN, A Realistic Jurisprudence. The Next Step, in "Columbia Law Review", 1930, p.431). In merito alle teorie pragmatistiche così scrive Max Horkheimer: "I concetti sono stati ridotti a "sommari" delle caratteristiche che parecchi specimen hanno in comune; essi risparmiano la noia di dover enumerare tutte le qualità di un essere o di un oggetto, e servono ad organizzare meglio il materiale della conoscenza. Sono considerati semplici abbreviazioni di ciò a cui si riferiscono, espedienti per risparmiare lavoro, strumenti di lavoro estremamente funzionali e razionalizzati: ogni uso che trascenda questo è stato eliminato come un'ultima traccia di

(Footnote continues on next page)

Ross quindi critica non soltanto la concezione del diritto soggettivo come entità reale a sé stante, ma anche l'idea del diritto soggettivo come entità singola e indivisibile, idea accolta sia pure a fini polemici da Duguit e Lundstedt. Ross accoglie invece l'idea di giuristi come Demogne e Bekker,¹⁸ i quali hanno sostenuto che il concetto di diritto soggettivo copre differenti situazioni e funzioni giuridiche, in particolare la titolarità e l'esercizio. Conseguentemente, Ross scompone il contenuto del diritto soggettivo in tre elementi, che possono essere riassunti come segue: (i) una posizione di vantaggio cui corrisponde in un altro soggetto una posizione di svantaggio (un dovere), ovvero una pretesa verso i terzi; (ii) la possibilità di far valere tale pretesa mediante un'azione processuale, ovvero la capacità di agire; (iii) la possibilità di disporre dell'oggetto del diritto (di trasmetterlo ad altri, ad esempio), ovvero un potere di disposizione sul bene in questione.

2.2. La tesi di quanti sostengono l'"inesistenza" del diritto soggettivo è -- a mio avviso -- ampiamente insoddisfacente, là dove per "inesistenza" si intenda, come ad esempio in Lundstedt e in Ross, la "mancanza di senso", la non significanza della locuzione "diritto soggettivo". Ugualmente insoddisfacente è -- a mio avviso -- la tesi di quanti affermano l'"esistenza" di tale diritto, là dove per "esistenza" si intenda una realtà materiale

(Footnote continued from previous page)
superstizione" (M. HORKHEIMER, Eclisse della ragione, trad. it. di E. Vaccari Spagnoli, Torino 1969, p.25). Queste osservazioni di Horkheimer, rivolte alle filosofie positivistiche, potrebbero ben essere, se trasportate sul piano della teoria giuridica, una esposizione sommaria del pensiero di Ross riguardo al concetto di diritto soggettivo.

18. Cfr. A. ROSS, op.ult.cit., p.170, nota 2.

e si intraveda perciò dietro la "locuzione "diritto soggettivo" un'entità sensibile di qualche tipo. Tale è ad esempio la concezione che dei diritti sviluppa alla fine del secolo scorso uno studioso francese, Charles Beudant. Questi ripropone, per certi versi, la dottrina giusnaturalistica dei diritti dell'uomo, i quali sono da questa visti come qualità inerenti alla natura degli esseri umani, come attributi naturali dunque.

Beudant muove da una concezione volontaristica del diritto soggettivo come facoltà d'agire, dimodoché i diritti dell'individuo risultano essere "les facultés ou prérogatives d'où résulte pour l'homme le pouvoir de faire ou d'exiger quelque chose".¹⁹ Tali facoltà sono insite naturalmente (secondo leggi di natura) nell'individuo. "Le droit de la personne humaine se dégage avec toute l'autorité d'une loi de nature",²⁰ ed è perciò "une propriété inhérente à la nature humaine".²¹

L'intento di Beudant è quello di opporsi a quelle teorie politiche e giuridiche della seconda metà dell'Ottocento che con sempre maggiore insistenza ed energia mettono in forse la supremazia giuridica dell'individuo. Per fare ciò, lo studioso francese ancora il diritto individuale alla natura, credendo così di dargli un fondamento indiscutibile ed oggettivo. La definizione di diritto che ne risulta -- dove si riva alla l'orientamento liberale dell'autore -- è la seguente: "L'autonomie de l'être humain, la faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui-même dans la direction de sa pensée et de ses actes: inviolabilité de la personne, liberté dans ses

19. CH. BEUDANT, Le droit individuel et l'Etat, Paris 1891, p.21.

20. Ivi, p.90.

21. Ivi, p.21.

diverses manifestations, propriété enfin qui n'est qu'un corollaire de la liberté individuelle".²²

Se pure si condividono le preoccupazioni di Beudant per le sorti della libertà dell'individuo in una struttura sociale sempre più statalizzata e deindividualizzata, la tesi di una radice naturale dei diritti dell'uomo non può essere condivisa. A mio parere, un'obiezione basta a dimostrare la infondatezza di tale opinione: tra natura e società non v'è corrispondenza né rapporto di determinazione della prima rispetto alla seconda. Certo, la natura ci offre la cornice insuperabile entro la quale può svilupparsi una certa forma di società; tuttavia lo sviluppo di questa non può essere spiegata a partire dai fenomeni e dalle leggi della natura. Ma se così è, e si riconosce inoltre che il diritto soggettivo è un fenomeno sociale, in quanto concetto e istituto di un sistema giuridico storicamente dato, esso non può in alcun modo essere concepito come un fatto naturale, ovvero come una qualità inerente alla costituzione fisica e biologica di un certo essere.

D'altra parte -- come ho già detto sopra -- risulta insoddisfacente anche la tesi di chi nega l'"esistenza" del diritto soggettivo, se con ciò si intende negare ogni significato e valenza semantica di tale concetto. Finché si sostiene che il diritto soggettivo non "esiste" allo stesso titolo di un sasso, di una pianta, di un animale, di una qualche energia o qualità naturale, non si può non essere d'accordo. Il consenso però -- per quanto mi riguarda -- si arresta allorquando negando l'"esistenza" del diritto soggettivo si vuol negare che esistano fatti non riducibili a fatti fisici. Si pensi ad un furto. In termini strettamente fisici non può ovviamente parlarsi di furti, ma soltanto di certi movimenti di più corpi nello spazio e nel

^{22.} Ivi, p.22.

tempo. E tuttavia come si potrebbe negare che furti avvengano, che furti vi sono, che i furti "esistono". Si tratta, certo, di un'esistenza che non ha lo statuto dell'esistenza materiale, di un'esistenza che vale entro il quadro della società di uomini, di "istituzioni", ma che non ha niente di misterioso, metafisico, magico. Né si può ragionevolmente sostenere che i furti "esistono" solo nell'ideologia sociale dominante, nella mente dei consociati, giacché il furto si dà anche come sottrazione materiale di beni.

2.3. Come abbiamo visto sopra, Ross sostiene che il termine "diritto soggettivo" è privo di senso, perché esso non ha alcun referente concreto. Tuttavia Ross non può procedere nella sua esposizione senza attribuire un qualche senso a locuzioni analoghe a quella di "diritto soggettivo".

Come ci è già noto, per Ross le norme giuridiche non sono altro che delle direttive rivolte ai giudici per cui se si ha A (la fattispecie giuridica) la sentenza del giudice dovrà disporre C (una certa conseguenza giuridica). Si consideri, ad esempio, la direttiva D₁: "Se una persona ha giuridicamente acquistato una cosa mediante compravendita dovrà essere concessa una sentenza di rivendica a favore del compratore contro chiunque trattenga la cosa in proprio possesso".²³

Nella direttiva appena menzionata la proposizione secondaria (condizionale) rappresenta F, mentre la proposizione principale esprime C. Il sistema giuridico, risultando dall'insieme delle norme, ovvero di quelle direttive rivolte al giudice sull'esercizio della forza coattiva, dà luogo a numerosissime e intricate combinazioni tra F e C. A tali combinazioni bisogna per esigenze pratiche, mettere ordine. Tale processo di

23. A. ROSS, op.ult.cit., p.23.

sistematizzazione è intrapreso -- secondo Ross -- dalla scienza giuridica con l'ausilio di un espediente tecnico. Tale espediente -- come si è visto sopra -- è rinvenuto in alcuni concetti giuridici (detti per l'appunto "sistematici"),²⁴ tra i quali spicca il diritto soggettivo. Questo ordina tutte le possibili combinazioni tra F_n e C_n connettendo i due insiemi di fattispecie F e di conseguenze C .

A questa concezione dei concetti giuridici e in particolare del diritto soggettivo possono muoversi varie obiezioni. In primo luogo si potrebbe contestare l'aderenza alla realtà storica di una tale teoria sulla formazione dei concetti giuridici. La teoria di Ross implica, infatti, che le norme del diritto positivo si siano dapprima formate come direttive ai giudici sull'esercizio della forza e che solo in séguito esse siano state espresse con l'utilizzo di termini quali "diritto" ed altri. Come ribadisce Olivecrona, "there is no historical foundation for this assumption. The rules of the code civil or the Bürgerliches Gesetzbuch, for instance, were certainly not conceived in this way".²⁵ Né furono concepiti altrimenti il codice civile italiano del 1865 e quello del 1942.

Io oserei affermare che nessun sistema normativo di diritto positivo degli ultimi due secoli è stato concepito secondo quanto suggerisce la teoria di Ross. In tali sistemi, infatti, le norme giuridiche sono esposte con l'ausilio di concetti o termini che sono esterne ad esse, vale a dire che esse non definiscono previamente. Concetti come quelli di diritto soggettivo, lungi dal servire a presentare delle norme già date, sono presupposti da tali norme, le quali non potrebbero darsi (sarebbero prive di

24. Cfr. A. PINTORE, La teoria analitica dei concetti giuridici, Napoli 1990, p.64 ss.

25. K. OLIVECRONA, Law as Fact, 2nd ed., London 1971, p.23.

significato) senza quei concetti. Che sia così, risulta dalla stessa esposizione di Ross, dalle parole che egli impiega nel rappresentare le direttive giuridiche. Per Ross, P (il diritto di proprietà, poniamo) è lo strumento di presentazione della relazione $F-C_n$. P dunque è escogitato a posteriori. F, C, e il loro rapporto, non ne hanno bisogno. La relazione F-C può prescindere -- secondo Ross -- dalla elaborazione del concetto P, il quale interviene in un momento successivo alla statuizione della norma, e segnatamente durante l'opera di sistemazione compiuta dal giurista.

Tuttavia, già nelle espressioni usate da Ross non è così: P presuppone P, lo stesso avviene per ciò che concerne C. Riprendiamo l'esempio menzionato sopra di una direttiva D che recita come segue: "Se una persona ha giuridicamente acquistato una cosa mediante compravendita, dovrà essere concessa una sentenza di rivendica a favore del compratore contro chiunque trattenga la cosa in proprio possesso".²⁶ Qui, nel riportare quest'esempio di direttiva citato da Ross per suffragare la sua tesi riduzionistica, ho di proposito sottolineato alcune espressioni ("giuridicamente acquistato", "compravendita", "rivendica", "compratore", "possesso"). Le prime due ("giuridicamente acquistato", "compravendita") ricorrono nella proposizione dipendente, nella protasi, della direttiva in questione (la quale proposizione esprime F, la fattispecie giuridica); le rimanenti tre espressioni sono contenute nella proposizione principale del periodo di cui si compone la direttiva, vale a dire nella sua apodosi (che esprime C, le conseguenze giuridiche).

Ebbene, quelle cinque espressioni presuppongono tutte il concetto di proprietà. Lo presuppongono nel senso che sarebbero

26. A. ROSS, op.ult.cit., p.23. Corsivo mio.

prive di significato se non rinviassero ad una qualche concezione della proprietà. Che significato avrebbe "giuridicamente acquistato", o "compravendita", come sarebbe possibile pensare un "acquisto giuridico" o una "compravendita", senza riferirsi a qualche forma di titolarità giuridica e di disposizione (e godimento) di un bene, o -- che è lo stesso -- ad una nozione di "proprietà"? Parimenti, come si potrebbe intendere la sentenza (e l'azione ad essa precedente) di "rivendica", o anche il concetto di "possesso", se non si avesse una qualche idea della differenza tra detenzione e proprietà di un bene?

D'altra parte, al fine di isolare o identificare il complesso di direttive che possono combinarsi tra loro mediante l'uso di P, è necessario presupporre una nozione di P che risulti in qualche modo indipendente dalle direttive stesse e allo stesso tempo sia rinvenibile in esse. Senza una tale nozione di P, vale a dire senza attribuire a P un referente semantico autonomo, non sembra possibile individuare le norme che l'uso di P permette di sistematizzare.

Del resto, come nota Olivecrona,²⁷ mentre Ross da un lato afferma che la parola "diritto" non ha alcun senso, d'altro lato tuttavia ritiene che l'affermazione per cui un certo soggetto possiede un titolo di proprietà su un bene rimanda ad una situazione di fatto concretamente esistente. Scrive in proposito Ross: "L'affermazione che A è proprietario di un certo oggetto si riferisce non soltanto alla circostanza puramente fattuale che A ha comperato l'oggetto, oppure l'ha ereditato, oppure lo ha usucapito e così via; ma anche alla circostanza giuridica che, secondo il diritto vigente, questi avvenimenti comportano specifiche conseguenze giuridiche, onde si dice che "danno

27. Vedi K. OLIVECRONA, op.ult.cit., pp.181-182.

origine alla proprietà".²⁸ Qui Ross sembra attribuire un qualche referente semantico fattuale alle proposizioni che impiegano il termine "diritto" per descrivere una certa situazione di fatto. "But -- nota Olivecrona -- if the word 'right' signifies nothing, the statement that A possesses the right of ownership to a thing cannot refer to any real situation".²⁹

Inoltre -- continua Olivecrona -- l'affermazione che una parola non ha referente semantico non può basarsi sull'esame della parola isolata, separata da ogni contesto ed uso. Che un termine non abbia senso può dimostrarsi solo mediante un'analisi degli enunciati in cui tale termine ricorre. In particolare, per ciò che concerne i "diritti", l'affermazione per cui essi mancano di referente semantico "can only be demonstrated through an analysis of sentences about rights and duties as they occur in legal language and common parlance".³⁰ Ma poiché Ross -- come si è visto sopra -- sostiene che tali enunciati hanno un riferimento semantico a situazioni di fatto, egli finisce per contraddire la sua tesi secondo cui il termine "diritto", così come questo è usato nel linguaggio giuridico, sarebbe privo di referente.

Alla tesi di Ross si può muovere un'ulteriore obiezione. Il referente semantico di un termine non sempre coincide con un oggetto della realtà sensibile. La parola "ippogrifo", pur non avendo alcun riferimento semantico concreto, non è per ciò stessa priva di senso. L'aver senso, per una parola, non dipende necessariamente dalla sua corrispondenza con un oggetto sensibile o con uno stato di cose. La locuzione "diritto soggettivo"

28. A. ROSS, op.ult.cit., p.164.

29. K. OLIVECRONA, op.ult.cit., p.182.

30. Ibidem. Corsivo nel testo.

potrebbe così avere senso nel linguaggio giuridico, pur essendo priva di un referente materiale.

Le osservazioni fin qui esposte giustificano, a mio parere, l'opinione di chi ritiene fallito il tentativo compiuto da Ross di concepire il diritto soggettivo come un mero espediente per connettere l'insieme dei fatti F_p e delle conseguenze C_n , e quindi la riduzione del diritto soggettivo (ciò che varrebbe per la gran parte dei concetti giuridici) innanzitutto ad un complesso di norme e in qualche modo anche ad una sequela di eventi o fatti (alla relazione F-C). F e C, per assumere un senso, devono però - io credo -- presupporre P (il concetto di "diritto"), e quindi è assai difficile desumere il "diritto" dal collegamento operato a posteriori tra F e C. Del pari è arduo ridurre a mero fatto, a "fatto brutto" direi riprendendo una terminologia di Anscombe e Searle adottata da MacCormick e Weinberger,³¹ la detenzione, la titolarità, e lo stesso uso di un diritto.

2.4. Ritorniamo a quanto scrive Ross: "L'affermazione che A è proprietario di un certo oggetto si riferisce non soltanto alla circostanza puramente fattuale che A ha comperato l'oggetto, oppure l'ha ereditato, oppure lo ha usucapito e così via; ma anche alla circostanza giuridica che, secondo il diritto vigente, questi avvenimenti comportano specifiche conseguenze giuridiche, onde si dice che "danno origine alla proprietà".³² (Ross accetta quanto viene affermato nella prima parte della citazione, e dunque l'opinione che il diritto si riferisca a circostanze fattuali, ma ritiene infondato quanto viene affermato nella

31. Vedi N. MacCORMICK, O. WEINBERGER, An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism, Dordrecht 1986, p.9.

32. A. ROSS, op.ult.cit., p.164.

seconda parte del brano citato, cioè l'opinione che certi avvenimenti possano dare origine a "diritti").

Orbene, "comperare", "ereditare", "usucapire", non costituiscono altrettanti eventi puramente fattuali, non sono "fatti bruti". Comprare è -- se si accetta la terminologia di Searle, MacCormick e Weinberger -- un "fatto istituzionale", o più semplicemente un fatto sociale, un fatto cioè che non sarebbe possibile senza le regole di una certa comunità. "Comprare", "ereditare", "usucapire", sono possibili solo se si presuppone l'esistenza di norme giuridiche che qualifichino certe condotte o stati di cose come "compravendita", "successione", "usucapione". Pertanto -- come rileva anche Olivecrona -- dire che A ha comprato, ereditato, o usucapito un bene non significa nient'altro che A ha un diritto di proprietà su quel bene. "In order to explain -- scrive Olivecrona -- what it means that A is the owner of an object Ross here makes use of the concept of ownership. For this concept is included in the concepts of purchase and inheritance as well as in 'acquiring a prescriptive right'. To purchase a thing is to acquire the right of ownership to it. Therefore, what Ross says is that A possesses the right of ownership to an object when he has acquired the right of ownership to this object".³³

Insomma, dire che A ha comprato un bene significa che A ha un diritto su quel bene. Nel brano sopra citato di Ross, di cui egli condivide la prima parte e rigetta la seconda, quest'ultima è pleonastica. Non si capisce, quindi, come Ross possa condividere l'affermazione che essere proprietari di un bene si riferisca ad una circostanza fattuale (che si sostanzia nel fatto di essere

33. K. OLIVECRONA, op.ult.cit., pp.180-181. Cfr. S. CASTIGNONE, "Le parole del fare": Austin, Olivecrona, Ross e la "fallacia performativa", in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1981, p.457.

proprietari), per poi negare che quelle circostanze fattuali (che si sostanziano nell'essere proprietari) si sostanzino nell'essere proprietari. O meglio si capisce bene, se Ross per "comprare", "ereditare", "usucapire" non intende dei fatti giuridici, bensì dei "fatti bruti".

Qui può cogliersi qualche incertezza nell'argomentazione del giurista danese. Prima di giungere al brano sopra citato, Ross si sofferma, per spiegare la sua tesi, sul matrimonio. A questo proposito egli sottolinea che "il "contrarre matrimonio" non è qualcosa di puramente fattuale".³⁴ E continua: "Come non c'è alcun movimento di un oggetto nello spazio che sia in se stesso una mossa di scacchi, non c'è neppure alcun accadimento fattuale che sia di per sé "contrarre matrimonio"". ³⁵ Il riferimento non-fattuale -- secondo Ross -- è qui al diritto valido, e dunque l'affermazione che una persona ha contratto matrimonio rinvia alla determinazione di certi effetti giuridici. Sono questi a fornirci l'elemento non-fattuale del contrarre matrimonio. "L'enunciato che una persona è "coniugata" -- continua Ross -- si riferisce così a due condizioni: da un lato, all'evento puramente fattuale dell'aver contratto matrimonio; dall'altro, alla condizione giuridica per la quale questo evento, secondo il diritto vigente, comporta specifici effetti giuridici che di norma le persone conoscono solo vagamente".³⁶ Per il giurista danese, dunque, "contrarre matrimonio", checché ne abbia detto qualche rigo sopra, è di per sé un avvenimento "puramente fattuale"; la qualificazione giuridica non gli è intrinseca, ma gli viene attribuita a posteriori -- dopo che esso si è già dato

34. A. ROSS, op.ult.cit., p.163.

35. Ibidem.

36. Ivi, p.164. Corsivo mio.

come evento "puramente fattuale" --, e dall'esterno, da una norma giuridica del tutto eventuale.

L'errore di Ross è -- a mio avviso -- il seguente: la convinzione che i fatti giuridici siano di per sé fatti bruti, che si diano come eventi "puramente fattuali", cui successivamente ed eventualmente una norma giuridica connette certe conseguenze giuridiche. Ciò perché il "giuridico" è visto come connesso inestricabilmente all'uso della forza fisica e quindi di sanzioni, coazioni e pene. Da un punto di vista "coercitivistico" qual è quello di Ross³⁷ la compravendita, ad esempio, sembra non far parte dei fatti giuridici, almeno finquando ad essa non consegua l'esercizio di una forza coattiva, l'imposizione di sanzioni, l'intervento coattivo degli organi dello Stato (dei giudici innanzitutto). La compravendita sarebbe un mero fatto, essa non necessiterebbe di alcun riferimento normativo né di alcun concetto giuridico per aver luogo, per avere senso come l'evento della compravendita e per essere spiegata e descritta come tale e non come -- poniamo -- il movimento nello spazio di certi corpi.

Gli effetti giuridici della compravendita -- secondo Ross -- si danno (ma potrebbero anche non darsi, fermo però restando al carattere di "compravendita" di quel certo evento) grazie ad una norma che interviene successivamente al verificarsi dell'evento in questione. Tale norma ricollega quest'evento a certi comportamenti dei giudici. I concetti giuridici sono così del tutto esterni alle pratiche ed agli eventi cui si applicano. Essi non sono affatto necessari agli agenti coinvolti nel verificarsi di quel certo evento: il compratore e il venditore di un bene

37. Vedi A. ROSS, Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi, III ed., K benhavn 1971, p.66. ss. In merito cfr. A. PINTORE, la teoria analitica dei concetti giuridici, cit., p.65.

possono anche essere del tutto ignari del concetto di proprietà. I concetti giuridici sono piuttosto strumenti del "punto di vista esterno" (per usare la terminologia di H.L.A. Hart),³⁸ di colui cioè che considera i fatti giuridici come accadimenti naturali forniti di senso solo dall'"esterno", vale a dire dall'osservatore medesimo. Per Ross non vi è nei fatti giuridici alcun significato pre-esistente e indipendente rispetto alle norme che li assumono come condizioni di certe condotte dei giudici. Significato vi è attribuito solo in séguito dal giurista, la cui figura è ricostruita da Ross -- come è noto -- in termini simili a quelli dello scienziato naturale.³⁹

3. Analisi del diritto e semiotica. Karl Olivecrona

3.1. Nelle pagine precedenti, per la critica di alcune tesi di Alf Ross, ho fatto uso qui e là di argomenti di Karl Olivecrona, il quale pure è legato a Ross dalla comune impostazione giusrealistica. Per procedere nella mia trattazione intendo ora presentare e discutere in maniera meno frammentaria le argomentazioni di Olivecrona riguardo al concetto di diritto soggettivo. Credo infatti che, nonostante le conclusioni troppo radicali che gli suggerisce il suo realismo, le riflessioni del giurista svedese forniscano spunti di grande interesse per una analisi della nozione di diritto soggettivo che non voglia essere meramente dogmatica o ideologica.

38. Vedi H.L.A. HART, The Concept of Law, Oxford 1961, p.86 ss.

39. In merito, interessanti considerazioni sono quelle di V. VILLA, La scienza giuridica tra scienze naturali e scienze umane, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1984, p.441 ss.

Nelle pagine che Olivecrona dedica al diritto soggettivo possono isolarsi due principali ordini di considerazioni. Da un lato Olivecrona avanza delle critiche alle dottrine "classiche" e ad alcune teorie più recenti, e sviluppa riflessioni sul modo di operare del concetto di "diritto soggettivo" nell'ambito dei comportamenti giuridici e sociali. D'altro lato, il giurista svedese si sofferma a trattare la questione dell'"esistenza" del diritto soggettivo collegando questa strettamente a una disamina della semantica dell'espressione linguistica "diritto soggettivo".

Nella prima edizione di Law as Fact (1939) Olivecrona individua due scopi per i quali viene usato di solito il diritto soggettivo, ovvero due funzioni dello stesso. Per un verso, il diritto soggettivo funzionerebbe da imperativo. "Il suo significato -- scrive il giurista scandinavo -- è il seguente: la persona in questione potrà fare questo e quello, la sua azione non dovrà venire ostacolata, gli altri non potranno compiere la stessa azione nei confronti del medesimo oggetto senza il suo consenso, alcune sue richieste relative a determinate cose devono venire soddisfatte e così via".⁴⁰

Come è noto, la concezione del diritto (oggettivo) nella teoria giuridica di Olivecrona si impenna sulla nozione di "imperativo indipendente",⁴¹ il quale può essere definito come una sorta di comando impersonale, almeno per il lato

40. K. OLIVECRONA, Il diritto come fatto, trad. it. di S. Castiglione, Milano 1966, p.80. Cfr. C.F. ARNHOLM, Olivecrona on Legal Rights. Reflections on the Concept of Rights, in "Scandinavian Studies in Law", 1962, pp.9-31, N.Kr. SUNDEY, Legal Right in Scandinavian Analysis, in "Natural Law Forum", 1968, pp.72-107.

41. Vedi K. OLIVECRONA, Law as Fact, I ed., p.42 ss. e ID., Law as Fact, 2nd ed., cit., p.128 ss.

dell'emittente. Nel pensiero del giurista svedese la concezione complessiva del fenomeno giuridico resta, dunque, dentro l'ambito delle teorie imperativistiche. Pertanto, ad Olivecrona, come ai giuristi che lo avevano preceduto sulla strada dell'imperativismo, si pone il problema di accordare una tale visione dei fenomeni normativi con la figura del diritto soggettivo, la quale invero difficilmente si lascia conciliare con, o ridurre a, una istanza di comando.

Ciò vale innanzitutto per la nozione più politica di diritto dell'uomo, o per quella, con rilievi anche morali, di diritto di resistenza, le quali comunque si ricollegano strettamente alla nozione giuridica di diritto soggettivo. Come scrive Norberto Bobbio, "prevalsa la concezione positivistica per cui il diritto s'identifica con l'insieme delle regole che hanno a loro sostegno la forza monopolizzata, il problema di un diritto alla resistenza [...] non ha più alcun senso".⁴² Per ciò che concerne la dogmatica si pensi ad August Thon, il quale partendo da una concezione del diritto rigidamente imperativistica costruiva la categoria del diritto soggettivo come promessa o aspettativa di pretese che la norma di diritto oggettivo accorda nel caso della trasgressione della norma medesima.⁴³ Si ricordi anche Windscheid, il quale mantiene da un lato la tradizionale definizione del diritto soggettivo come facoltà di volere, ma d'altro lato si affretta a precisare che la volontà in questione

42. N. BOBBIO, La resistenza all'oppressione, oggi, ora in N. BOBBIO, L'età dei diritti, Torino 1990, pp.172-173.

43. Vedi A. THON, Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878, p.120 ss.

è però quella del diritto oggettivo.⁴⁴

La concezione di Olivecrona è per un verso più coerentemente imperativistica di quella di Thon. Per quest'ultimo il diritto soggettivo non è esso stesso un imperativo, bensì è il potere di realizzare l'imperativo contenuto nella norma. Per Thon dunque rimane una qualche differenza tra diritto soggettivo e imperativo, per quanto ciò sia stato autorevolmente contestato.⁴⁵ Olivecrona invero sembra andare oltre la concezione del diritto soggettivo come subiezione dell'imperativo (della norma) e affermare la coincidenza tra imperativo e diritto soggettivo. Resta certo aperta la questione se l'imperativo in questione (in cui si sostanzierebbe il diritto soggettivo) sia lo stesso "imperativo indipendente".

Olivecrona è consapevole che una concezione imperativistica, se vuol essere coerente, non può accogliere nel proprio sistema la figura del diritto soggettivo. "If one -- egli scrive -- unswervingly adheres to the notion that the law is nothing but the commands of the state, it becomes impossible to speak of rights and duties in the usual sense of those words. Rights and duties can never be reduced to the mere fact of certain commands being issued by an authority having actual power to enforce its will. They have a mystical quality that cannot be derived from

44. Vedi B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, vol.1, V ed., Frankfurt am Main 1882, par.37, n.3.

45. Salvatore Pugliatti rileva che "se il diritto soggettivo è il potere di attuare l'imperativo della norma, sembra non essere altro che questo imperativo nel suo aspetto concreto" (S. PUGLIATTI, Esecuzione forzata e diritto sostanziale, Milano 1935, p.67).

naked power alone".⁴⁶

D'altro lato, per Olivecrona il diritto soggettivo assolve una funzione di condizionamento dei sentimenti dei consociati. "E' necessario sottolineare -- egli afferma -- un'altra funzione della nozione della nozione di diritto soggettivo: essa viene infatti usata per stimolare o per smorzare i sentimenti".⁴⁷ Qui il giurista scandinavo riprende un'osservazione di Hägerström, secondo il quale la convinzione di avere un diritto assume un particolare rilievo nel caso di conflitto sociale o interpersonale, poiché tale convinzione infonderebbe coraggio a chi la nutre mentre per converso fiaccherebbe l'energia e la determinazione dell'avversario. A questa osservazione sulla natura di stimolo psicologico del diritto soggettivo si collega quell'altra che lo colloca sul piano ideologico.⁴⁸ Qui, pur rifacendosi sempre al pensiero hägerströmiano, Olivecrona riprende un'idea che è stata anche di Kelsen.⁴⁹

3.2. Nella seconda edizione di Law as Fact (1971), la quale - come è noto -- è un'opera completamente diversa dalla prima edizione del 1939, Olivecrona individua due fondamentali funzioni svolte nella pratica sociale dalla nozione di diritto soggettivo:

46. K. OLIVECRONA, The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt, in "Scandinavian Legal Studies, 1959, p.134.

47. K. OLIVECRONA, Il diritto come fatto, cit., p.81.

48. Vedi K. OLIVECRONA, Law as Fact, I ed., cit., p.117.

49. Vedi ad esempio H. KELSEN, Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, in "Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik", 1931, e H. KELSEN, Reine Rechtslehre, I ed., cit., dove troviamo un paragrafo intitolato "Die ideologische Bedeutung der Antinomie von Individuum und Gemeinschaft" (p.58).

"Two different functions of the idea of a right in general commerce can therefore be discerned. They may conveniently be called the directive and the informative function".⁵⁰ Nel fare ciò, Olivecrona si distacca dal radicalismo giusrealistico di Lundstedt. Al contrario di quest'ultimo,⁵¹ infatti, Olivecrona riconosce un ruolo, una funzione utile, alla categoria dei diritti soggettivi sia per ciò che concerne l'attività giuridica in senso stretto sia rispetto alla più general pratica sociale. Olivecrona critica apertamente le posizioni di Lundstedt: "Lundstedt's position with regard to the question how the terms 'right', 'duty', and other legal expressions should be used seems to me untenable. I can see no need to avoid these terms or to give them a new meaning and 'twist the language'. Even if it were possible (from a practical point of view) to do so, nothing would be gained".⁵²

Olivecrona muove, rispetto alla questione della "realtà" del diritto soggettivo, dalla seguente serie di assunti: (i) il

50. K. OLIVECRONA, Law as Fact, II ed., cit., p.186.

51. Come è noto, Lundstedt attribuisce all'ideologia dei diritti addirittura forti responsabilità nel fomentare il bellicismo degli Stati europei e nel porre in un perenne stato di crisi l'ordine internazionale. Vedi V. LUNDSTEDT, Superstition or Rationality in Action for Peace?, cit., p.196 ss. Vedi anche ID., Das troianische Pferd. Eine Kritik des Völkerbundesrechtes, in "Preussische Jahrbücher" 1928, p.190: "Der absolute Charakter der Rechte, der innerhalb des Staates tatsächlich fast völlig unterdrückt wird, so daß die Rechte im großen und ganzen nur in Uebereinstimmung mit gesellschaftlichen Interessen hervortreten, dieser Charakter macht sich auf internationalem Gebiete, durch keinerlei Rechtsordnung oder irgendwelche Rücksicht auf die Forderungen des Gesamtwohles gemeistert, hemmungslos geltend" (rendo così corsivo lo spaziato del testo). In merito, cfr. C.K. ALLEN, Legal Duties, cit., p.168 ss.

52. K. OLIVECRONA, op.ult.cit., p.178.

termine "diritto soggettivo" (right in inglese, rättighet in svedese) non ha alcun senso, (ii) in quanto esso non ha referente semantico, (iii) giacché non esiste alcuna realtà sensibile cui il termine in questione si riferisce. Per ciò che concerne la funzione direttiva o prescrittiva attribuita al diritto soggettivo, Olivecrona ritiene che questo agisca come segno permissivo, mentre il suo opposto agirebbe come segno proibitive. "In order for this effect to take place, is it required that the word 'right' and its equivalents (being 'mine' etc.) have any semantic reference? Obviously not. It is sufficient that the words 'this is mine' or something of the kind are connected on the one hand with the idea of having acquired the object in a proper way and, on the other hand, with sentences saying that only I myself may meddle with it but nobody else. The words 'it is mine' will serve as a permissive sign for the child itself, while the words 'not mine' or something to the same effect will act as a prohibitive sign with respect to objects not included within the sphere of 'mine'".⁵³

A giudizio di Olivecrona non è necessario che una parola, al fine di poter esercitare una funzione direttiva, abbia un qualche riferimento semantico. "As in the case of ownership the word 'right' need not have any semantic reference in order to exert a directive function. When used according to certain legal rules, it acts as an imperative sign for the debtor: he shall or must pay".⁵⁴

In verità l'argomentazione del giurista scandinavo risulta abbastanza oscura. Non è sufficientemente chiaro che cosa egli intenda per "segno" e per "referente semantico".

53. Ivi, pp.187-188.

54. Ivi, p.188.

Per ciò che concerne il referente semantico di un'espressione linguistica sembrerebbe che Olivecrona ritenga che tale referente ci sia dato dalla "entità" cui l'espressione si riferisce. Olivecrona a questo proposito non menziona solo entità materiali, ma anche oggetti immaginari (come un centauro).⁵⁵ Perché allora, se si riconosce la possibilità di referenti semantici costituiti da entità immaginarie, il diritto soggettivo è visto come un termine privo di riferimento?

Che cosa intende Olivecrona per "segno"? Anche su questo le pagine del giurista scandinavo non sono prive di ambiguità. Per ciò che concerne il termine "diritto soggettivo" egli scrive come segue: "Expressions like 'right of property', 'ownership', 'mine', 'not mine', and the like are signs with consequential ideas attached to them".⁵⁶

A questo punto mi sia consentito di rifarmi al pensiero non di un linguista o di un semiologo, ma di un filosofo del diritto: Rodolfo De Stefano. Questi riprende la nota definizione del segno come presenza sensibile esterna legata nella memoria del soggetto umano ad altri fenomeni ora non presenti ai sensi.⁵⁷ Questo studioso riprende inoltre la distinzione ormai classica dei segni in "segnali" e "simboli". Questi due tipi di segni si basano su un diverso meccanismo di significazione. "I simboli -- scrive De Stefano -- si limitano ad evocare pure idee, mentre i segnali contengono in più assunzioni di realtà fondate su esperienze e

55. Vedi *ivi*, p.183.

56. *Ivi*, p.189.

57. Vedi R. DE STEFANO, Norme e interessi, Reggio Calabria 1973, p.17, e ID., Per un'etica sociale della cultura, vol.2, La cultura e l'uomo, Milano 1963, p.353. Cfr. D. FARIAS, Interpretazione e logica, Milano 1990, pp.6-7.

inferenze".⁵⁸ Il simbolo sarebbe così quel segno che evoca una pura idea. Questo tipo di segno potrebbe allora ben comprendere termini quali "diritto soggettivo", così come questo è illustrato da Olivecrona, vale a dire come un esempio di "signs with consequential ideas attached to them". Ma se il termine "diritto soggettivo" è un simbolo (nel senso appena detto), esso ha un significato e quindi un senso. Tale conclusione -- si badi -- non ci impegna ad alcuna assunzione di carattere ontologico sull'"esistenza" dei diritti.

Altrove si ha l'impressione che Olivecrona impieghi il termine segno come sinonimo di "stimolo". In tal caso però il termine "segno" sarebbe usato in senso improprio e comunque non in senso semiotico. Il segno, infatti, in semiotica è concepito come una sorta di "surrogato" di qualcos'altro cui rimanda (il significato). Scrive in proposito Umberto Eco: "Gli stimoli non soddisfano a una delle più elementari definizioni del segno, quella per cui esso sta in luogo di qualcos'altro. Lo stimolo non sta per qualcos'altro ma provoca direttamente questo qualcos'altro. Una luce abbagliante che mi obbliga a chiudere di colpo gli occhi è diversa da un comando verbale che m'imponga di chiudere gli occhi. Nel primo caso chiudo gli occhi senza riflettere, nel secondo sono impegnato anzitutto a capire il comando e dunque a decodificare il messaggio (processo segnico) e poi decidere di obbedirvi (processo volizionale che esce dalla competenza della semiotica)".⁵⁹

58. Vedi R. DE STEFANO, Norme e interessi, cit., p.17.

59. U. ECO, Segno, II ed., Milano 1980, p.23, corsivo nel testo. Invero, quella di Olivecrona è una concezione "emotivistica" o "espressionistica" dei concetti giuridici. Come scrive J.W. Harris, "according to Olivecrona, legal terms have directive

(Footnote continues on next page)

4. "Funzioni" e "realità" del diritto soggettivo. Karl Olivecrona

4.1. Come si è già detto, nella prima edizione di Law as Fact Olivecrona faceva menzione di due funzioni del diritto soggettivo: una funzione imperativa, e una funzione "stimolante" o "calmante" rispetto a certi sentimenti nutriti dai consociati. In un articolo pubblicato venti anni dopo negli "Scandinavian Studies in Law" le due funzioni principali svolte dal termine "diritto soggettivo" sono dette essere quella "comportamentistica" (behaviouristic function) e quella "informativa" (informative function).⁶⁰

In un saggio scritto qualche anno dopo e pubblicato negli Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound Olivecrona distingue questa volta tre funzioni fondamentali del termine "diritto soggettivo": (i) una funzione segnica, (ii) una funzione informativa, ed (iii) una funzione tecnica. Per "funzione tecnica" Olivecrona intende qui grosso modo ciò che Ross rende con l'espressione "tecnica di presentazione". Olivecrona infatti in questa sede ritiene che "l'espressione "diritto di proprietà" funge da anello di congiunzione tra due gruppi di norme".⁶¹

(Footnote continued from previous page)

effects, not meaning. He analyses them as a linguist might describe the function of words like "boo!" or "hurrah!" (J.W. HARRIS, Olivecrona on Law and Language. The Search for Legal Culture, "Tidsskrift for Rettsvitenskap", 1981, p.628). Sulla concezione del linguaggio adottata da Olivecrona, cfr. B. JACKSON, Semiotics and Legal Theory, London and New York 1987, p.25.

60. Vedi K. OLIVECRONA, The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt, cit., specialmente pp.144-148.

61. K. OLIVECRONA, Linguaggio giuridico e realtà, trad. it. di E. Pattaro, in Diritto e analisi del linguaggio, a cura di U. Scarpelli, Milano 1976, p.282.

questo proposito va ricordato che il giurista svedese, nella prima edizione di Law as Fact, pur non facendo menzione esplicita di una "funzione tecnica" del diritto soggettivo, sosteneva sostanzialmente qualcosa di simile quando si soffermava ad analizzare la nozione di diritto soggettivo nell'ambito della dogmatica giuridica e della decisione giudiziale. I diritti, nell'ambito della tecnica giuridica costituirebbero una sorta di relais tra due eventi (ad esempio, la consegna di una cosa da un lato, un comportamento del giudice dall'altro). Olivecrona parla a questo proposito di "interpolazione" di diritti e doveri: "L'essenza della tecnica consiste nell'interpolare nell'immaginazione i diritti e i doveri tra i fatti rilevanti (ad esempio la concessione di un prestito) e il comportamento del giudice".⁶² e nella seconda edizione di Law as Fact infine -- come si è visto sopra -- egli individua due fondamentali funzioni del diritto soggettivo: (i) quella "direttiva", e (ii) quella "informativa".⁶³

Come ci è già noto, per Olivecrona il diritto soggettivo è un "nome vuoto", una espressione priva di referente semantico concreto, e quindi priva di senso. Così egli si trova dinanzi a gravi difficoltà nell'affermare, a partire da una tale concezione, la funzione informativa di un termine che si reputa non possedere alcun "senso". Olivecrona è conscio di tali difficoltà, e delle contraddizioni in cui rischia di cadere. "There seems to be a dilemma. Analysis shows that the word 'right', as commonly used, lacks semantic reference. Nevertheless, it is constantly used to convey information; and

62. K. OLIVECRONA, Il diritto come fatto, trad. it. cit., p.92.

63. Vedi K. OLIVECRONA, Law as Fact, II ed., cit., p.187 ss.

this is done in such manner as to imply that the word has got some semantic reference".⁶⁴

La via d'uscita da questo dilemma è per lo studioso svedese la seguente. Egli distingue tra "statements concerning the existence of rights" e "assumptions made on the basis of such statements". Le prime, le affermazioni concernenti l'esistenza di diritti, rimangono prive di senso, e pertanto non può attribuirsi ad esse una diretta funzione informativa. Tali affermazioni avrebbero -- secondo Olivecrona -- una funzione informativa soltanto per via indiretta, attraverso le inferenze che da quelle affermazioni possono trarsi. Poiché tali affermazioni (sull'esistenza dei diritti) sono completamente prive di senso, è ovvio che non si potrà parlare di deduzione logica per ciò che concerne le "assumptions" che da quelle possiamo ricavare.

Il processo per cui noi possiamo ricavare delle "assumptions" da un'affermazione sull'esistenza di un diritto soggettivo è illustrato da Olivecrona con un esempio. Facciamo il caso di una persona che, dopo un lungo periodo di incoscienza, si risveglia il primo aprile. Informata di quella data, tale persona trarre la conclusione che fuori non c'è più neve, giacché nella zona in cui egli vive nel mese di aprile la neve di solito si è già sciolta. Tale conclusione potrebbe nondimeno rivelarsi inesatta, poiché vi sono anni in cui la neve cade anche nel mese di aprile. Così, l'affermazione sull'esistenza di un diritto sarebbe una sorta di indizio dal quale poter trarre certe conclusioni, e il procedimento mediante il quale giungiamo a quelle conclusioni sarebbe piuttosto induttivo e non deduttivo. Tuttavia -- aggiunge Olivecrona -- per far ciò, per poter trarre quelle conclusioni, è necessario che l'affermazione sull'esistenza dei diritti sia corretta. "The assumptions based on ostensible information

64. Ivi, p.193.

concerning people's rights are made only when the information is supposed to be correct; if the statement that A possesses a certain right of ownership is not really correct, it will be misleading and therefore useless from a practical point of view".⁶⁵

Ma cosa significa "correttezza" in questo contesto? Olivecrona chiarisce che "correctness means being correct according to the law".⁶⁶

A mio avviso qui il giurista svedese confonde due piani che sono invece distinti: l'affermazione secondo cui A è titolare di un diritto X, e l'operazione mediante la quale A acquista il diritto X. La prima è distinta dalla seconda e può ben essere vera o falsa; la seconda può essere invece corretta o meno (con riferimento ad un certo corpo di norme che regolano l'acquisto del diritto in questione). L'asserzione "A è titolare di un diritto X" può essere vera o falsa a seconda che A abbia acquistato effettivamente, o detenga legittimamente, quel certo diritto o no. L'indagine sulla verità di tale asserzione si risolve così nella disamina della correttezza dell'operazione attraverso la quale si è costituito il diritto, e delle condizioni sufficienti per la legittima detenzione di questo. I piani comunque rimangono distinti: l'asserzione in questione verte su quella certa operazione, costituisce cioè un metadiscorso rispetto al discorso di cui si predica la correttezza, oppure un discorso rispetto alle condotte extralinguistiche cui può ascriversi la correttezza rispetto a determinate norme.

65. *Ivi*, p.197.

66. *Ibidem*.

Scrivi Olivecrona: "L'essenziale è distinguere tra la questione di verità e la questione di conformità alle norme giuridiche e sociali. La verità di un'asserzione di fatto può essere accertata empiricamente. Porre il problema della verità di asserzioni, che soltanto in apparenza ci dicono qualcosa che concerne i fatti, non ha senso. Ma se vi sono delle norme giuridiche e sociali per l'uso di questo tipo di enunciati, ha senso chiedersi se essi sono o non sono usati conformemente a queste norme".⁶⁷ Qui Olivecrona omette di distinguere tra l'enunciato normativo (ad esempio, una donazione) e l'enunciato descrittivo che verte sulla correttezza dell'enunciato normativo (della conformità di quella certa donazione a determinate norme di legge). La questione di correttezza si pone solo per l'enunciato normativo (per la donazione) ma non anche per l'enunciato descrittivo che predica la correttezza (secondo norme vigenti) di quel certo enunciato normativo. Per quest'ultimo tipo d'enunciato (descrittivo) può bene porsi la questione di verità. Se così non fosse, accertare se A ha effettivamente compiuto una donazione, ovvero stabilire se B è effettivo donatario di un certo bene, diverrebbe impossibile.

Esaminiamo ora quali tipi di "assumptions", di supposizioni, possono ricavarsi per via indiretta -- secondo Olivecrona -- dalle affermazioni (prive di senso) sull'esistenza dei diritti. "The statement that 'A is the owner of this house' tells us nothing more than that -- 'A is the owner of the house'".⁶⁸ Ovvero -- secondo il giurista svedese -- l'enunciato "A

67. K. OLIVECRONA, Linguaggio giuridico e realtà, trad. it. cit., p.280. In merito, cfr. M. JORI, Saggi di meta-giurisprudenza, Milano 1985, p.266, e ID., Il metodo giuridico tra scienza e politica, Milano 1976, capitolo secondo.

68. K. OLIVECRONA, Law as Fact, II ed., cit., p.195.

titolare del diritto X" non ci dice un ben nulla, è privo di informazione. Tuttavia -- aggiunge questo autore --, supposto che quell'enunciato sia corretto, noi possiamo ricavare da esso due fondamentali "assumptions": (i) "that A is in some way or other connected with the house, ordinarily as the person in actual control", ovvero che A ha il possesso della cosa in questione, (ii) "that A has a legal title to the house".⁶⁹ Dall'affermazione che A ha la proprietà di una certa casa, noi possiamo così desumere con ogni probabilità che A ha il possesso di quella casa e che tale possesso si accompagna ad un titolo giuridico. Ma "titolo" e "possesso" sono tradizionalmente per la dogmatica giuridica elementi di cui si compone il diritto di proprietà, tanto che essi insieme al decorrere di un certo lasso di tempo concorrono a far acquistare la proprietà per usucapione. Titolo e possesso sono così ricompresi nel significato di proprietà. Per ciò che concerne le assumptions (i), e (ii), allora, queste potrebbero ben fondarsi non su inferenze induttive, bensì su connessioni semantiche basate su definizioni concettuali. D'altra parte, non si capisce come da un'affermazione priva di senso o di contenuto informativo, che cioè non ci dice nulla sulla realtà empirica, possano trarsi sia pure per via induttiva conclusioni di carattere empirico le quali, si badi, verterebbero non sullo stato (mentale o fisico) del soggetto che ha enunciato la proposizione priva di senso, bensì su una realtà esterna a quella del soggetto in questione, vale a dire sul fatto che questi possiede un certo oggetto materiale (la casa) ed inoltre una cosa che nell'ontologia di Olivecrona è destinata a rimanere misteriosa: un "titolo giuridico".

69. Ibidem.

4.2. Ho detto sopra che la tesi di Olivecrona sul diritto soggettivo sono di due specie: da una parte osservazioni storico-critiche, d'altra parte proposizioni teoriche che riguardano soprattutto il tema della "esistenza" dei diritti. Nelle pagine precedenti ho cominciato a trattare di questa seconda parte, a partire dalla disamina dell'individuazione fatta dal giurista scandinavo di alcune fondamentali funzioni della categoria giuridica di diritto soggettivo. Qui di séguito intendo soffermarmi sulla questione dell'"esistenza" dei diritti, così come questa è affrontata da Olivecrona.

Lo studioso svedese ritiene che la questione della "realtà" dei diritti possa essere posta e risolta seguendo due percorsi: (a) l'osservazione empirica per un verso, (b) l'analisi del linguaggio d'altro verso. Ci si può cioè interrogare (a) se il diritto soggettivo sia un fatto collocato entro la dimensione spazio-temporale, oppure (b) se il termine "diritto soggettivo" abbia un referente semantico concreto. Seguendo i due percorsi rispetto a un medesimo termine possono ottenersi risultati differenti -- questa, almeno, sembra essere l'opinione del giurista scandinavo. Egli, a questo proposito, fa l'esempio del termine "centauro". Secondo una disamina lungo il percorso (a), è indubbio -- egli crede -- che si concluderà per l'inesistenza dei centauri. Tuttavia, dal punto di vista di chi segue la strada (b), potrà dirsi che i centauri "esistono", per quanto a quel termine corrisponda nella mente del soggetto l'"idea" del centauro.

Per ciò che concerne il diritto soggettivo, Olivecrona aggiunge che la strada da seguire per poterne affermare o negare la realtà è quella dell'analisi del linguaggio. Nel caso del diritto soggettivo ci troviamo in presenza di entità immaginarie analoghe ai centauri ed ai fantasmi, la cui esistenza materiale è -- in via preliminare -- fuori discussione. Comunque, secondo

Olivecrona, la "realtà" del diritto soggettivo va negata sia che si segua il percorso (a) che la strada (b). "The reality of rights -- egli scrive -- can be negated in two different senses. (i) It can be said that the facultas moralis of natural law doctrine or the Willensmacht of the imperative theory does not exist. This language was consistently used by Lundstedt. It is like saying that centaurs or ghosts do not exist. (ii) The meaning can also be that the word right, as commonly employed, does not signify anything at all; it does not even refer to something existing in imagination only, as the centaurs. The word lacks semantic reference in this sense. This latter position seems to be the correct one".⁷⁰

In queste considerazioni di Olivecrona si combinano una ontologia realistica che non ammette altra realtà al di fuori di quella fisica e una teoria referenzialistica e verificazionistica del significato per la quale "verità" e "significanza", e con esse "verificazione" e "comprensione", coincidono. Lo studioso svedese oscilla tra queste due posizioni: da un lato ci dice che il diritto soggettivo come oggetto nel mondo è inesistente, d'altro lato afferma che il termine "diritto soggettivo" è privo di significato.

La locuzione "diritto soggettivo" sarebbe priva di senso in quanto non denoterebbe nulla, mentre la parola "centauro" denoterebbe qualcosa che però di fatto si rivela inesistente ed è frutto soltanto della immaginazione dell'uomo. "Obviously -- scrive Olivecrona -- the word right is not used to denote any objects. If the word has got semantic reference, it can only refer to some sort of relationship between persons or between persons and things. But it is quite evident that the supposed relationships called rights are not actual relationships. The

70. Ivi, p.183.

actual situation in the world cuts across the system of rights. If the word right signifies a relationship, this will be a relationship of a supersensible kind. But what is such a relationship? It can only be negatively defined as a relationship not belonging to the sensible world, the empirical world in which we live. It is a relationship, though no actual relationship".⁷¹

Invero qui la differenza tra "diritto soggettivo" e "centauro" -- tale da determinare la non significanza dell'uno e la significanza dell'altro -- sembra risiedere nel fatto che ci si può immaginare un centauro mentre non ci si può immaginare un diritto soggettivo; vale a dire nel fatto che a "centauro" corrisponde comunque una raffigurazione mentale, mentre ciò non accade per il diritto soggettivo. Imperniare su questo la significanza di una espressione linguistica ci impegna però a una teoria del significato assai controversa, quella "mentalista" o "ideazionale", quella teoria cioè per la quale il significato di un'espressione linguistica consisterebbe nell'immagine evocata nella mente di chi emette o fruisce l'espressione. In questione.⁷² A questa teoria può obbiettarsi, innanzitutto, che non tutte le immagini evocate da un'espressione linguistica costituiscono il suo significato, e che d'altronde vi sono termini indiscutibilmente dotati di senso (come "tempo") cui è difficilissimo attaccare una qualsivoglia "immagine" corrispondente.

Nel brano appena citato, inoltre, Olivecrona afferma che il diritto soggettivo, facciamo conto: il diritto di proprietà, non

71. Ibidem.

72. In merito, cfr. P. ALSTON, Philosophy of Language, Englewood Cliffs, N.J., 1964, p.22 ss., e ID., Meaning, in The Encyclopedia of Philosophy, a cura di P. Edwards, vol.5, New York 1967, p.233 ss.

esprime una "relazione di fatto" (actual relationship) tra un soggetto e una cosa. Ma cosa significa qui "relazione di fatto"? Una relazione fisica? Sembrerebbe di sì. Nondimeno, non può negarsi che in molti casi esista invero una relazione fisica tra il soggetto titolare del diritto e l'oggetto su cui il diritto si esercita, tra -- poniamo -- il proprietario di una cosa e la cosa medesima. Ad esempio, in molti casi (anche se non sempre) il proprietario di una casa la abita.

Tuttavia, l'osservazione di Olivecrona non è completamente infondata una volta però che si accolga la possibilità dell'esistenza di fatti sociali non riducibili ai meri fatti fisici. Invero, la relazione espressa dal diritto soggettivo, ad esempio dal diritto di proprietà, non è meramente causale, bensì è normativa, è una relazione "qualificata" -- direbbe un giurista. Talché può parlarsi, ad esempio per la proprietà, di nudum ius, ovvero di una situazione in cui il diritto soggettivo si riduce a mero diritto, al quale non corrispondono né la detenzione materiale né il godimento della cosa oggetto del diritto.

D'altro canto, si può continuare ad avere un pieno diritto soggettivo sia nel caso in cui né il proprietario né altri hanno una relazione fisica con l'oggetto del diritto (si pensi al proprietario di un terreno, il quale non vi abbia mai messo piede e si disinteressi completamente d'esso non traendone alcun frutto), sia nel caso in cui il titolare del diritto non abbia più una relazione materiale con l'oggetto e sia invece un altro soggetto, invece, ad avere una relazione fisica con quella certa cosa (si pensi al caso banalissimo di un appartamento

affittato).⁷³ Tutto ciò ci suggerisce, ancora una volta, che nel campo del diritto siamo in presenza non di "hard facts" (per usare la terminologia di Olivecrona),⁷⁴ bensì di fatti simbolici, normativi, ovvero "istituzionali".

4.3. Ritorniamo ora alla tesi di Olivecrona della mancanza di senso della locuzione "diritto soggettivo". "The mental content - egli scrive -- behind our talk of rights seems to be as follows: we have a presentation of the object of a right, usually a physical object or the actions of a person. To this we have a right, as we say. The word 'right' stands for nothing, it designates nothing. But the world itself is visually or auditively passed on to the mind. These two presentations -- the word and the object -- make up the idea of right".⁷⁵

Olivecrona sostiene che la parola "diritto" non ha alcun senso; però nello stesso tempo afferma che "we have a presentation of the object of a right" e, inoltre, che la parola "diritto" è "visually or auditively passed on to the mind". Egli così descrive un rapporto che è in fin dei conti assai simile al rapporto di significazione che intercorre tra un segno e il suo

73. Lo stesso Olivecrona riconosce che il diritto di proprietà non coincide col controllo effettivo del bene oggetto di tale diritto. Vedi K. OLIVECRONA, Law as Fact, I ed., cit., pp. 84-85. Il riconoscimento del fatto che si può essere proprietari senza che accada alcunché nel mondo induce Uberto Scarpelli a parlare di "possibilità di fatti", come referenti del concetto di diritto soggettivo. Tali possibilità di fatti consisterebbero in "disposizioni normative" (vedi U. SCARPELLI, Contributo alla semantica del linguaggio normativo, II ed. a cura di A. Pintore, Milano 1985, p. 181, cfr. A. PINTORE, La teoria analitica dei concetti giuridici, cit., p. 120 ss.).

74. Vedi K. OLIVECRONA, Law as Fact, II ed., cit., p. 184.

75. Ibidem. Corsivo nel testo.

significato, finendo quindi per affermare l'esistenza di un "senso" del segno in questione ("diritto"), senso che un momento prima egli si era affrettato a negare.

D'altra parte, in semiotica -- come è noto -- è assai controversa la tesi per la quale il referente semantico di una parola (che non sia un nome proprio) sarebbe costituito da un oggetto concreto. Il significato comunque non è mai un oggetto concreto; esso è invece sempre una idea, alla quale può corrispondere o meno un'entità materialmente esistente. Tale corrispondenza del significato con un oggetto materiale non rileva, tuttavia, nel rapporto di significazione. Questo si svolge esclusivamente tra un significante (che è un'entità materiale) e un significato (che è invece un'entità ideale). Per avere senso, per essere dotato di significato, un termine dev'essere in grado d'instaurare tale rapporto di significazione. Se al significato corrisponda o meno un oggetto concreto è questione differente da quella del significato del termine in questione.

La conclusione di Olivecrona ci è già nota: "Like many others we have reached the conclusion that the word 'right', as used in jurisprudence as well as in common discourse, lacks semantic reference. It does not even denote something in imagination only".⁷⁶

5. Teorie dei diritti e teorie del diritto. Ancora su Olivecrona

76. Ibidem. Per la tesi semiotica che invece distingue tra "meaning" e "denoting", vedi ad esempio P.H. NOWELL-SMITH, Ethics, Harmondsworth 1969, pp.65-67.

5.1. Abbiamo finora esaminato come Olivecrona affronti la questione dell'"esistenza" e della significanza del concetto di diritto soggettivo, e cioè la parte più propriamente teorica della sua riflessione sul tema dei diritti. In merito ho avanzato -- come si è visto -- alcune obiezioni. In questo paragrafo intendo soffermarmi piuttosto sulla parte storico-critica della riflessione di Olivecrona.

Nell'accurata disamina che egli compie delle maggiori concezioni del diritto soggettivo, Olivecrona rifiuta sei principali posizioni che possiamo così riassumere: (i) la tesi per cui il diritto soggettivo può essere ridotto ad una situazione di fatto; (ii) la tesi per cui esso coincide con la protezione giuridica accordata dal giudice; (iii) la tesi secondo cui il diritto soggettivo è una tecnica di presentazione di determinate norme giuridiche; (iv) la tesi per cui esso consiste nella posizione corrispondente e inversa a quella del dovere; (v) la tesi per cui il diritto soggettivo non è altro che un tipo di previsione sul futuro comportamento dei giudici; (vi) la tesi per cui il diritto soggettivo coincide con l'idea che ciascun consociato si fa di tale diritto.

Per ciò che concerne la tesi oggettivistica per cui il diritto soggettivo va identificato con una certa situazione di fatto, questa tesi si articola in differenti atteggiamenti e concezioni. Innanzitutto abbiamo le teorie di quanti identificano il diritto soggettivo con una qualche entità reale materiale dotata di uno statuto analogo a quello dei fenomeni esistenti in natura. Così, il diritto è concepito come un potere di volontà, o come un interesse meritevole di tutela. Abbiamo poi la concezione, molto vicina a quella del diritto come interesse, per cui il diritto soggettivo coincide con una posizione di favore e di vantaggio del suo titolare. Infine, tra le tesi oggettivistiche può annoverarsi quella secondo cui il diritto soggettivo non sarebbe altro che il titolo giuridico.

Olivecrona respinge tutte queste teorie oggettivistiche, evidenziando il carattere ideale-simbolico della categoria del diritto soggettivo. Facendo così, egli sottolinea l'irrilevanza di quelle posizioni che negano esistenza materiale al diritto soggettivo. Rispetto, ad esempio, a Lundstedt che attacca quel concetto perché "inesistente", Olivecrona nota che una critica siffatta equivale a dire "that centaurs or ghosts do not exist".⁷⁷ Conseguentemente, Olivecrona non adotta la proposta estremista di Lundstedt che avanza l'idea di espungere dall'uso corrente dei giuristi l'espressione "diritto soggettivo".

Rispetto all'altra variante della tesi oggettivistica, per cui il diritto soggettivo coinciderebbe con una situazione di vantaggio del suo titolare, Olivecrona nota che il diritto vale anche là dove esso non sia sorretto da una corrispondente favorevole situazione di fatto. "E' perciò impossibile -- scrive il giurista scandinavo -- sostenere che la nozione di diritto soggettivo in pratica viene usata soltanto in sostituzione di certi fatti. Se io proclamo di fronte ad un'altra persona che questo oggetto è di mia proprietà, non intendo semplicemente dire che godo al momento presente del possesso indisturbato della cosa in questione. Se fosse così dovrei ammettere che il mio diritto verrebbe a cessare qualora il mio avversario si rivelasse abbastanza forte da riuscire a sottrarmelo".⁷⁸

Parimenti -- a giudizio di Olivecrona -- non può affermarsi che il diritto soggettivo si riduca alla possibilità di adire il giudice e di ottenere da questo un provvedimento favorevole, giacché è opinione comune che il provvedimento favorevole sia una conseguenza e non la causa del possesso di un diritto. Infine,

77. K. OLIVECRONA, op.ult.cit., p.183.

78. K. OLIVECRONA, Il diritto come fatto, trad. it. cit., p.78.

non può dirsi che il diritto consista esclusivamente nel titolo giuridico. Di fatti, "occorre ricordare che il titolo legale viene considerato come la base del diritto e non si identifica con esso".⁷⁹

La tesi per cui il diritto soggettivo consiste nella protezione giuridica accordata al soggetto è una variante della tesi che vede il diritto identificarsi con una qualche posizione di vantaggio del titolare. A tale tesi Olivecrona obietta che "in the concept of 'protection' through the right of bringing action in court the ideal power is pre-supposed".⁸⁰ Diritto soggettivo ed azione, pertanto, vanno considerati come due distinti concetti giuridici, e va evitata la "confusione che talora insorge tra il diritto e la capacità di intentare con successo un'azione".⁸¹ Potrebbe, difatti, aversi il caso di un soggetto che promuova un'azione senza che egli abbia un effettivo diritto che legittimi l'azione.

5.2. Molto interessante, ed importante ai nostri fini, è la critica che Olivecrona sviluppa nei confronti della dottrina che presenta il diritto soggettivo come uno strumento foggiato dai giuristi per dominare il più razionalmente possibile una massa di norme altrimenti difficilmente maneggiabile. Olivecrona definisce questa dottrina come "representation theory". Tale teoria, il cui primo rappresentante è ravvisato in Ernst Zitelmann, afferma "that rights and duties are subjective representation used in order to master the infinite complexity of legal norms".⁸²

79. Ibidem.

80. K. OLIVECRONA, Law as Fact, II ed., cit., p.153.

81. K. OLIVECRONA, Il diritto come fatto, trad. it. cit., p.72.

82. K. OLIVECRONA, Law as Fact, II ed., cit., p.164.

teoria di Zitelmann a questo proposito è l'antesignana della teoria di Alf Ross del diritto soggettivo come tecnica di presentazione di norme giuridiche. Anche per la concezione di Ross vale quanto Olivecrona scrive a proposito della cosiddetta "representation theory": "Instead of talking of a situation where facts a, b, c, etc. are present and where norms x, y, z, etc. are therefore applicable, we say that A has a right and B a corresponding duty. Without this expedient it would be almost impossible to give brief and succinct accounts of legal relationships".⁸³

Olivecrona non accetta la "representation theory" così come non accetta la teoria russiana della "tecnica di presentazione". Ciò, innanzitutto, perché il concetto di diritto soggettivo è presente nel requisitum di molte norme giuridiche.

Come è noto, per Olivecrona le norme, definite come rappresentazioni di situazioni ed azioni, consistono di un elemento ideale (immaginativo), che si sostanzia in modelli di comportamento, e di un elemento formale costituito dal linguaggio imperativo. Olivecrona chiama l'uno (l'elemento ideale, semantico-rappresentativo) ideatum, e l'altro (l'elemento formale) imperantum. L'ideatum a sua volta si compone di due parti: il requisitum e l'agendum. L'uno (il requisitum) è la rappresentazione della situazione in cui devono trovarsi coloro ai quali spetta compiere l'azione richiesta; l'altro (l'agendum) è la rappresentazione dell'azione che dev'essere compiuta.⁸⁴

Ora, per Olivecrona la "representation theory" rivela la sua fragilità e la sua inadeguatezza a spiegare la nozione di diritto

83. Ivi, p.165.

84. Vedi K. OLIVECRONA, Law as Fact, II ed., cit., pp.115 ss. In merito, cfr. E. PATTARO, Lineamenti di teoria del diritto, Bologna 1985, p.248 ss.

soggettivo in quanto crede che questa nozione possa essere scomposta nell'enunciazione di un certo numero di norme. Ad esempio l'asserzione che A è proprietario di un appartamento può -- per questa teoria -- scomporsi nell'enunciazione di una serie di norme per cui se A è proprietario di un appartamento può ipotecarlo, venderlo, trasmetterlo per via di successione ecc. Ma -- nota Olivecrona -- in tali norme il diritto di proprietà risulta essere un elemento del requisitum. A voler seguire la "representation theory", dovremmo poter essere in grado di sostituire la menzione del diritto con l'enunciazione di una serie di fatti. Si dovrebbe cioè poter dire che quando i fatti x, y, z, sono presenti A può disporre dell'appartamento. Ma la descrizione di fatti che noi possiamo sostituire alla menzione del diritto di proprietà -- ad esempio "se A ha acquistato A", oppure "se A ha ereditato A" -- può darsi solo a condizioni di assumere già la nozione di proprietà. "The 'facts' that are substituted for the right of property are described by means of this very concept".⁸⁵

85. K. OLIVECRONA, op.ult.cit., p.166. Sostenere - come fa Ross - che il concetto di proprietà è riducibile all'elencazione di un certo numero di relazioni tra fatti e conseguenze giuridiche può comportare una riformulazione di quel concetto come concetto descrittivo e comunque "undefeasible". Le osservazioni di Olivecrona sembrano muovere invece nella direzione opposta, e ricordano idee di Herbert Hart: "Property is not a descriptive concept, and the difference between 'this is a piece of earth' or 'Smith is holding a piece of earth' on the one hand, and 'this is someone's property' and 'Smith owns a piece of property' on the other cannot be explained without reference to the non-descriptive utterances by means of which laws are promulgated and decisions made, or at the very least without reference to those by which rights are recognized" (H.L.A. HART, The Ascription of Responsibility and Rights, anche in Logic and Language, First Series, a cura di A. Flew, Oxford 1968, p.161).

Il tentativo di sostituire l'enunciazione di certi fatti all'uso del concetto di diritto soggettivo come elemento del requisitum è dunque -- secondo il giurista scandinavo -- destinato al fallimento. Assunta comunque l'ipotesi che quel tentativo sia coronato da successo -- continua Olivecrona --, come potremmo individuare le norme che si applicano ai fatti che abbiamo sostituito al concetto di "diritto soggettivo" senza ricorrere nuovamente a questo come presupposto concettuale delle norme stesse? "How are we to describe the norms applicable to the facts that have been substituted for the right of property? They must be singled out from the mass of legal norms. But how can this be done without referring to them as the norms concerning the acquisition of the right of property? With unfailing persistency the concept of the right of property reappears as an element in the description supposed to replace the expression that A is the owner of a piece of land".⁸⁶ La critica della "representation theory" sfocia quindi nell'affermazione secondo cui il diritto soggettivo, come altri concetti giuridici fondamentali, non è un mero strumento usato dai giuristi per fini sistematici e ricostruttivi, bensì un concetto che è presente nei comportamenti quotidiani dei membri di quella certa società ed è il portato della cultura di un intero popolo.

Va aggiunto tuttavia che talvolta Olivecrona delinea una concezione dello statuto concettuale dei diritti soggettivi che è molto vicina alla "representation theory". Egli infatti -- come si è visto sopra -- sostiene la "funzione tecnica" dell'espressione "diritto soggettivo". E questa "funzione tecnica" somiglia in maniera impressionante a quella "sistematica" -- individuata da Alf Ross --, ovvero alla funzione

86. Ivi, p.167. In merito, cfr. K. OLIVECRONA, Law as Fact, I ed., cit., pp.92-93.

di riassumere la complessa relazione tra fattispecie e conseguenze giuridiche. "La nozione di diritto di proprietà" -- meglio l'espressione "diritto di proprietà" -- scrive Olivecrona -- se impiegata conformemente a certe regole, ha, per così dire, la stessa funzione di un nodo ferroviario: ad essa convergono linee da molteplici direzioni (le norme sui diversi modi di acquisto delle proprietà); da essa si dipartono molteplici linee in altre direzioni (le norme penali, le norme sul risarcimento del danno, ecc.): se non vi fosse questa sorta di nodo ferroviario, si sarebbe costretti a costruire un'infinità di linee dirette, che collegassero i capolinea delle due parti.⁸⁷

5.3. Olivecrona è critico severo anche della concezione per cui il diritto soggettivo sarebbe la situazione giuridica inversa e complementare al dovere. Come è noto, tra i maggiori sostenitori di questa tesi si annoverano Jeremy Bentham e John Austin. Olivecrona, esaminando le idee dei due pensatori inglesi, enuncia le sue perplessità in merito. In particolare, due sono i rilievi mossi dal giurista scandinavo. Da un lato egli chiarisce come la teoria che vede nel diritto l'inverso del dovere si basa sulle teorie giuspositivistiche (come sono quelle di Bentham e Austin), un portato del pregiudizio imperativistico.

Nelle teorie giuspositivistiche il diritto soggettivo non è il risultato della volontà del soggetto che si obbliga nei confronti dell'altra parte, la quale da questa volontà trae il suo potere (il suo diritto), come avviene secondo il modello giusnaturalistico moderno,⁸⁸ bensì è il risultato del comando

87. K. OLIVECRONA, Linguaggio giuridico e realtà, trad. it. cit., p.282.

88. Vedi in merito K. OLIVECRONA, Law as Fact, II ed., cit., p.275 ss.

dello Stato o del sovrano, per cui il destinatario del comando è obbligato nei confronti di un terzo (al quale quindi è conferito il potere o il diritto di esigere l'adempimento dell'obbligo in questione). Il diritto soggettivo così, nelle dottrine giuspositivistiche, ha origine e fondamento nelle norme di diritto positivo. A ciò Olivecrona muove un'obiezione simile a quella avanzata contro la "representation theory", vale a dire che le norme di diritto positivo rilevanti per l'ipotesi che ci riguarda presuppongono già la nozione di diritto soggettivo, che ad esempio "the rules of law themselves refer to the concept of the right of property".⁸⁹

Il secondo rilievo che il giurista scandinavo muove alla concezione del diritto soggettivo presentata dalla analytical jurisprudence di Bentham e Austin è che la relazione diritto-obbligo, o meglio la correlatività tra queste due situazioni giuridiche soggettive, non riesce a dare conto d'ogni tipo di diritto soggettivo, ed in particolare dei diritti tradizionalmente detti "assoluti". "A right -- egli scrive -- cannot be identified with the fact that commands are addressed to one or more persons. The right of property, for instance, as the word is being used, does not signify that millions of people are being commanded to abstain from interfering with an object".⁹⁰

5.4. Rispetto a ciò che egli definisce "teoria predittivistica" dei concetti giuridici, tipica della corrente di pensiero nota come "realismo giuridico americano", Olivecrona rivendica il carattere normativo dei fenomeni giuridici. Come è noto, e com'è riassunto assai chiaramente da Olivecrona, secondo

89. Ivi, p.155.

90. Ibidem.

tale corrente di pensiero "ciò che intendiamo dire, quando in determinati casi attribuiamo ad una persona un diritto o un dovere, è che i tribunali e gli organi esecutivi dello stato sussistendo determinate condizioni, faranno probabilmente qualcosa rispettivamente a favore o contro tale persona".⁹¹

A tale concezione, là dove questa si presenti come l'interpretazione delle nozioni comuni di diritto soggettivo e di dovere giuridico, e non come teoria sociologica dei fatti empirici che si danno in concreto nelle situazioni nelle quali si afferma che qualcuno ha un diritto o un dovere, il giurista scandinavo muove una serie di obiezioni assai significative. Queste sono, in sintesi, tre.

(i) Quando un soggetto afferma di avere un diritto (o un dovere) -- rileva Olivecrona --, questi non sta facendo alcuna previsione o profezia; del pari nulla prevede l'avvocato che in giudizio sostiene l'esistenza del diritto in capo al suo cliente, né prevede alcunché il giudice che in un suo provvedimento accerti o costituisca l'esistenza di un diritto.

(ii) Più in generale, le norme giuridiche non costituiscono al contrario di quanto affermano i realisti americani, alcuna previsione. "Il diritto -- scrive Olivecrona -- non predice il probabile comportamento dei tribunali; il diritto è inteso imporre certi comportamenti ai tribunali".⁹²

(iii) Ritenendo che il diritto oggettivo non sia altro che una serie di previsioni sul futuro comportamento dei giudici, i realisti americani non tengono conto -- rileva il giurista scandinavo -- del fatto che i giudici si danno e lavorano grazie a norme che li costituiscono come tali e che regolano i loro

91. K. OLIVECRONA, Linguaggio giuridico e realtà, trad. it. cit., p.247.

92. Ivi, p.249.

comportamenti. Non è quindi -- potremmo dire noi -- il diritto che rimanda ai giudici, ma sono questi che rimandano al diritto. I tribunali presuppongono il diritto, e non possono pertanto essere visti come l'unico luogo o spazio nel quale si danno i fenomeni giuridici. "Un tribunale -- scrive Olivecrona -- è costituito da uno o più giudici, nominati al loro ufficio dall'autorità legittima nei modi previsti dalla legge. Il giudice, quindi, non è un Atlante che regga sulle proprie spalle il mondo del diritto. Il giudice si trova dentro il sistema giuridico, è condizionato dagli altri elementi del sistema, e assieme a molti altri organismi contribuisce al funzionamento del sistema".⁹³

Il giurista scandinavo conclude la sua critica alla "tesi predittivistica" affermando che i concetti giuridici sono elementi dell'organizzazione complessiva della società. "L'essenziale è sottolineare che le nozioni giuridiche tradizionali o, diciamo, le idee correnti, di diritto soggettivo, di dovere, ecc., appartengono al contesto della realtà sociale; che esse ne sono, anzi, l'elemento più importante; e che, pertanto, è impossibile eliminarle dalla scienza giuridica".⁹⁴

5.5. L'ultima concezione criticata da Olivecrona è quella psicologistica per cui il diritto soggettivo non consisterebbe in nient'altro che nell'idea che ciascun consociato si fa di esso. Va però notato che questa concezione sembra essere adottata dallo stesso giurista scandinavo, quando questi conclude che la sola "esistenza" che possa essere concessa al concetto di diritto soggettivo è quella di un'idea soggettiva del diritto soggettivo:

93. Ibidem.

94. Ibidem.

"But the subjective ideas of rights are facts. They cannot be 'excised' from the law in the sense of law as fact".⁹⁵ Nondimeno, discutendo nella seconda edizione di Law as Fact il pensiero di Karl Larenz, Olivecrona prende le distanze dalla comprensione in termini meramente psicologici dei fenomeni giuridici.

Olivecrona richiama la critica di Karl Larenz alle concezioni imperativistiche del diritto.⁹⁶ Per Larenz la norma non può essere raffigurata come un imperativo, bensì deve essere concepita come un Bestimmungssatz che contiene una Geltungsanordnung. Ma -- si interroga Olivecrona -- qual è la concezione della validità cui rimanda Larenz? "What, then, is the meaning of 'validity'? It is explained as implying the inner, spiritual power of the law, by virtue of which a legal relationship or a legal norm is held by all concerned to be determinant or obligatory".⁹⁷

A giudizio del giurista scandinavo questa concezione della validità risulta insoddisfacente. Non è corretto, infatti, far dipendere la validità, ad esempio, di una compravendita esclusivamente dalla considerazione che di essa hanno le parti interessate. Quando le norme, e i giuristi, parlano di acquisto, modificazione o estinzione di diritti, essi non si riferiscono a fatti psichici che si svolgano nella mente delle parti, ma alla presenza di certi fatti che per l'ordinamento giuridico costituiscono le situazioni giuridiche soggettive. "The meaning of the statement that the right of property to an object has been

95. K. OLIVECRONA, Law as Fact, II ed., cit., p.185. Corsivo nel testo.

96. Cfr. K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4^a ed., Berlin 1979, p.235 ss.

97. K. OLIVECRONA, op.ult.cit., pp.161-162.

transferred from A to B would be: it is now recognized by all concerned that the object belongs to B, not to A. The 'validity' of an act of transference would then be dependent on the opinion of A and B (and perhaps other 'concerned'). If A (or somebody else 'concerned') held the opinion that A is still the owner of the object (perhaps on the ground that he never had the intention of alienating it), no transfer would have taken place. No jurist would concur in this. It is not possible to interpret the usual juridical statements about the creation, transference, etc., of rights as statements about psychological facts. They refer to effects of operative facts in the supposed 'world of law'.⁹⁸

Olivecrona nega che i fenomeni giuridici possano spiegarsi in termini meramente psicologici, e dunque che essi siano dei fenomeni esclusivamente interpersonali. Così il giurista scandinavo, riconoscendo la impersonalità del fenomeno giuridico, ci offre la sua nota definizione delle norme giuridiche come "imperativi indipendenti".⁹⁹ Tuttavia, questo studioso continua ad oscillare tra la consapevolezza della impersonalità e oggettività dei fenomeni giuridici e la fedeltà alla tradizione imperativistica di certo realismo giuridico il quale concepisce il diritto per l'appunto in termini di comandi o di imperativi.

98. K. OLIVECRONA, op.ult.cit., p.162. Vedi anche ivi, pp.215-216: "Rights acquired according to the law are to us as real as horses and dogs [...] This is the 'internal' aspect of law, to use the convenient expression introduced by Professor Hart [...] The internal aspect of law represents a subjective view. But this subjective view is an essential part of law as fact".

99. In merito, cfr. E. PATTARO, Riflessioni su Olivecrona, in "Rivista trimestrale di diritto procedura civile", 1968, in specie p.739 ss.

5.6. Come è noto, sulla scia di Hägerström, Olivecrona sviluppa una critica minuziosa delle teorie volontaristiche del positivismo giuridico e delle teorie imperativistiche che definiscono la norma come comando del sovrano o dello Stato. Il concetto di comando è ritenuto inadatto a spiegarci la natura dei fenomeni giuridici, per una serie di ragioni che possono riassumersi nel carattere della impersonalità del fenomeno giuridico. Il campo di manifestazione delle norme non è -- secondo Olivecrona e Hägerström -- quello delle relazioni interpersonali, o meramente intersoggettive, bensì quello delle relazioni impersonali o -- direi io -- oggettive.

Perché si possa parlare di comandi nel caso delle norme giuridiche dovremmo essere in grado di identificare almeno due soggetti, colui che emette la norma (il comando) e il destinatario di questa (del comando). Orbene, secondo Olivecrona, sia dal lato attivo sia dal lato passivo, sia dal lato cioè di chi produce la norma sia dal lato dei destinatari di quella norma, è assai difficile o talvolta addirittura impossibile identificare dei soggetti fisici che si conducano come i soggetti di una relazione di comando. I produttori di norme generalmente non comandano alcunché. "Mi sembra evidente -- scrive lo studioso svedese -- che i membri del parlamento non comandano quando svolgono la loro attività; il voto implica un atto formale previsto dalla costituzione; ad esempio i membri escono da porte diverse, alzano la mano, ecc., tutte operazioni molto diverse dal comandare".¹⁰⁰

Del pari, i destinatari delle norme non sono soggetti fisici determinati, come dovrebbe verificarsi se ci si trovasse dinanzi a dei comandi veri e propri. "Gli imperativi indipendenti differiscono dai comandi anche sotto altri aspetti. Un comando

100. K. OLIVECRONA, Il diritto come fatto, trad. it. cit., p.30

vero e proprio è rivolto ad una persona determinata e tende a farle compiere una data azione, come ad esempio nel caso dell'ordine "avanti marsh!". Ma un imperativo indipendente non si rivolge a nessuno in particolare, può anche, per così dire, essere diretto nel vuoto. Non dice ad un singolo "tu devi fare così", ma afferma in modo astratto "questa azione deve essere compiuta"¹⁰¹.

Inoltre sembra cogliersi, in un passaggio della riflessione di Olivecrona, la posizione di un ulteriore criterio di distinzione tra comandi e norme: l'immediata e temporanea vigenza degli uni e la mediata e durevole vigenza delle altre. Vale a dire, i comandi varrebbero direttamente tra emittente e fruitore ma solo per il momento della loro emissione, mentre le norme giuridiche agirebbero per mezzo della intermediazione di molteplici istanze sociali ed anche dopo il momento immediatamente successivo alla loro produzione. "La teoria imperativa [...] -- scrive lo studioso svedese -- può costituire una spiegazione accettabile del fenomeno giuridico solo a patto che si possa dimostrare che le norme coincidono con i comandi di una o più persone appartenenti all'organizzazione statale. Ma anche questo è manifestamente impossibile. [...] Ciascun membro dell'organizzazione statale si trova di fronte a delle regole chiamate diritto già in funzione: tutto quello che può fare è di apportare qualche mutamento parziale all'ordinamento giuridico esistente, ma la maggior parte delle norme era già in vigore prima di lui e continuerà a guidare la vita della comunità dopo che egli se ne sarà andato".¹⁰²

¹⁰¹. Ivi, p.35.

¹⁰². Ivi, p.29.

Come che sia, il giurista scandinavo afferma in maniera abbastanza decisa la impersonalità della relazione esistente tra emittenti e destinatari delle norme giuridiche, elaborando la sua nota teoria dell'"imperativo indipendente", laddove "indipendente" significa innanzitutto "impersonale". Tuttavia, il concetto di "imperativo indipendente" non si distacca in maniera netta da quello di comando; il fatto stesso che si continui a conservare il termine "imperativo" è rivelatore dell'ambiguità concettuale che può scorgersi dietro quel concetto. Gli "imperativi indipendenti" restano degli imperativi, vale a dire in buona sostanza dei comandi seppure impersonali.

Nel concetto di "imperativo indipendente" è troncata la relazione (personale) con un soggetto emittente che comanda qualcosa, ma permane la relazione (personale) col soggetto destinatario dell'imperativo, la cui volontà, o meglio i cui processi psichici sono determinanti per l'esistenza della norma. Condizione della validità della norma infatti non è più, come per l'imperativismo tradizionale, la volontà o l'attività psichica dell'emittente, bensì la volontà e la psicologia del destinatario. Sebbene egli abbia affermato la impersonalità della norma e in qualche modo -- come si è visto -- la sua permanenza al di là dell'atto di emanazione, per Olivecrona la validità della norma rimane consegnata ai sentimenti del destinatario della norma stessa. "Siamo profondamente convinti -- scrive il giurista scandinavo -- dell'esistenza ininterrotta e continua delle norme, e ne parliamo come se fossero sempre presenti alla stregua di entità reali. Ma ciò non è esatto. E' impossibile attribuire un'esistenza continua ad una regola sia giuridica che di altro genere. Una norma esiste solamente in quanto contenuto di una idea nella mente degli uomini. E non vi è nessuna idea del genere perennemente presente nella mente di qualcuno: gli

imperativi sono presenti nella sfera della coscienza soltanto a intervalli".¹⁰³

Ritornando alla critica che Olivecrona rivolge alla tesi di Karl Larenz, egli prima ci dice che la validità delle norme e degli atti giuridici non può essere spiegata in termini psicologici (come idea soggettiva che ciascuno si faccia della validità di una norma o di un atto giuridico), poi rifiuta la concezione psicologista del diritto soggettivo, e quindi tenta di ridefinire il diritto soggettivo come idea del diritto soggettivo, vale a dire in quei medesimi termini psicologistici che dapprima si erano messi in discussione. Infatti, per il giurista scandinavo l'unica realtà che può attribuirsi ai diritti soggettivi è quella di fenomeni psichici, "idee". Come "idee", infatti, i diritti possono farsi rientrare senza troppi problemi in una visione rigidamente realistica dei fenomeni giuridici. Tuttavia, a differenza della concezione psicologista da lui criticata, Olivecrona non concepisce i fenomeni psichici che a suo giudizio costituiscono il fondamento delle validità giuridica in termini strettamente individualistici. Le "idee" cui egli si riferisce sono ancorate più che nella psiche del singolo nell'immaginario collettivo. Il diritto insomma, per il teorico scandinavo, non è un fatto di psicologia individuale, bensì un fatto di psicologia sociale. E' questa la chiave per intendere la sua concezione dell'obbligatorietà ovvero della forza vincolante delle norme.

5.7. Ricapitolando, Olivecrona critica -- come si è visto -- sei principali tesi intorno al diritto soggettivo: (i) la tesi per cui il diritto soggettivo è una situazione di fatto (una volontà, un interesse, una posizione di favore, un potere di

¹⁰³. Ivi, p.37. Corsivo mio.

fatto, l'azione giudiziale, il titolo giuridico); (ii) la tesi secondo cui esso coincide con la protezione giuridica; (iii) la tesi per cui il diritto soggettivo è una tecnica di presentazione di norme giuridiche; (iv) la tesi per cui esso è la posizione inversa corrispondente a quella del dovere; (v) la tesi per cui si tratterebbe di una predizione sul futuro comportamento dei giudici a favore di un certo soggetto; (vi) la tesi per cui il diritto soggettivo consisterebbe solo nell'idea, nella rappresentazione che ciascuno si fa di esso.

Dalla critica di tali concezioni possiamo ricavare altrettante determinazioni in positivo o "qualità" di quella categoria giuridica. Dalla critica della prima tesi ("oggettivismo") e della quinta tesi ("predittivismo") possiamo -- io credo -- ricavare l'affermazione del carattere della normatività del diritto soggettivo (in quanto non riducibile a mero fatto né a mero strumento conoscitivo). Dalla critica della terza concezione ("representation theory") possiamo ricavare l'affermazione della "irrazionalità" o "asistematicità", ovvero della natura eminentemente simbolica e culturale (in senso antropologico) del concetto di diritto soggettivo. Per Olivecrona questo non è tanto uno strumento escogitato dalla mente dei giuristi per sistematizzare il materiale normativo quanto un concetto prodotto in maniera spontanea dalla cultura di una determinata società.

Dalla critica della quinta concezione (secondo la quale il diritto soggettivo è la situazione giuridica inversa corrispondente a quella di dovere) ricaviamo la convinzione della non riducibilità del diritto soggettivo ad un imperativo o ad una prescrizione. Tale riducibilità era infatti lo sbocco di quella concezione, la quale procedeva per una doppia serie di riduzioni: il diritto soggettivo si riduceva a dovere (visto come unica autentica posizione giuridica soggettiva), e quest'ultimo era concepito come nient'altro che la situazione di soggezione creat-

© The Author(s). Published by Cambridge University Press on behalf of The European Society for Law and Economics. This is an Open Access article, distributed under the terms of the Creative Commons Attribution licence (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/), which permits unrestricted re-use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Digitised version prepared by the European Society for Law and Economics Research Repository.

da un imperativo. Dalla critica congiunta di tale concezione (del diritto soggettivo come situazione correlata necessariamente al dovere) e della terza tesi (per cui un diritto soggettivo è un modo di combinare un certo numero di disposizioni giuridiche) potremmo dedurre anche la irriducibilità del diritto soggettivo alle norme di diritto positivo. Tale norme infatti -- come più volte ricorda Olivecrona -- presuppongono la figura del diritto soggettivo. D'altra parte, giacché qui si tratta di irriducibilità rispetto alle norme del diritto positivo statale, ovvero rispetto ad un particolare sistema normativo, non si nega necessariamente l'esigenza logica di un qualche "diritto oggettivo", di un sistema normativo, che ponga i diritti in questione. Tale "diritto oggettivo", o sistema normativo, potrebbe infatti essere diverso dal sistema del diritto positivo statale.

Infine, dalla critica alla concezione psicologistica per cui il diritto soggettivo è una mera idea soggettiva possiamo dedurre argomenti a favore della tesi della "oggettività" del concetto di diritto soggettivo. Si tratta qui ovviamente di una "oggettività" che non ha nulla che vedere con la oggettività dei fatti empirici. La "oggettività" di cui si tratta qui è piuttosto uno degli elementi, delle componenti, della cultura di una determinata società in un tempo determinato, e come tale si pone sul piano dei fatti di cultura. Una delle caratteristiche tipiche di questi "fatti" è quella di possedere per l'appunto una certa indipendenza dalla soggettività dei loro produttori e fruitori.¹⁰⁴ L'oggettività dei fenomeni giuridici - come dice bene Angelo Falzea - "è un'oggettività non organica e nemmeno psichica, e tuttavia dotata di quella ben definita realtà, che è

104. Su questo punto, cfr. G. CARCATERA, La forza costitutiva delle norme, Roma 1979, p.86 ss.

propria dei fenomeni di cultura. Le realtà culturali vengono fuori da un fittissimo intreccio di processi psichici ma non si risolvono in essi e assumono forme storico-sociali dotate di una propria caratteristica oggettività, indipendente dalla coscienza del singolo soggetto".¹⁰⁵

6. Metafisica e fatti giuridici

6.1. Olivecrona riprende la tesi di Axel Hägerström secondo cui i diritti soggettivi non sarebbero che poteri "magici", "metafisici". "What we have in our minds when talking about rights - egli scrive - is a power. But it is a power raised above the facts of social life. He [Hägerström] therefore calls it a "supernatural" power. Since it is impossible to grasp this power with the mind, he also calls it "mystical", or "metaphysical".¹⁰⁶

Ma cosa significa sostenere che i diritti (e i doveri con questi) sono concetti "metafisici"? Significa forse che la vita reale del diritto, le sue effettive manifestazioni prescindono dall'uso di tali concetti, e che quindi il diritto si riduce alle sole norme o a meri comportamenti, che ne costituirebbero l'unica vera realtà?

Hägerström e Olivecrona invero non accolgono posizioni riduzionistiche. Entrambi riconoscono che i concetti di diritto e di dovere sono di fatto essenziali per l'attività dei giuristi e per il funzionamento della macchina del diritto. Ed allora? Se la

105. A. FALZEA, Comportamento, in ID., Voci di teoria generale del diritto, II ed., Milano 1978, p.699.

106. K. OLIVECRONA, The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt, cit., p.130.

realtà del diritto funziona grazie anche a quei concetti, sarà forse tutta intera la realtà giuridica una finzione, un prodotto dell'immaginazione? Hägerström e Olivecrona sembrano rispondere negativamente a questo interrogativo, anche se le norme sono ridotte alla idea che ciascun soggetto se ne fa per l'intermediazione dell'immaginario collettivo e del condizionamento sociale, e si contesta una loro oggettivazione. Ma se la realtà del diritto è "reale", e se tale realtà si costituisce o si manifesta mediante anche i concetti di diritto soggettivo (e di obbligo), cosa significa sostenere che questi concetti sono "magici" o "metafisici"?

Facciamo un esempio. Nella teologia cattolica si sostiene il manifestarsi della cosiddetta transustanziazione, mediante la quale il pane e il vino durante il rito della messa si convertono rispettivamente nel corpo e nel sangue di Cristo. Noi possiamo affermare senz'altro che quello della transustanziazione è un concetto "metafisico" o "magico", poiché non è possibile constatare di fatto, empiricamente, un tale fenomeno. Se si afferma che quel fenomeno si svolge sul piano della realtà fisica possiamo senz'altro escludere di averlo mai osservato; se si sostiene che esso si svolge su un piano metafisico, che non è empiricamente osservabile, si esclude in via pregiudiziale di poterlo mai rilevare con gli strumenti dell'osservazione empirica.

Trasferiamoci adesso al piano dei fenomeni giuridici, ed ammettiamo di riconoscere la rilevanza di tali fenomeni nell'ambito dei fatti sociali e culturali in generale. Qui osserviamo che l'attività giuridica si compie, almeno in epoca moderna e nelle società occidentali, mediante l'uso di categorie come il diritto soggettivo (tale riconoscimento, del resto, è presente sia nell'opera di Hägerström sia in quella di Olivecrona). Se così è, però, non potremo dire che il diritto soggettivo è un concetto metafisico al pari di quello di transustanziazione,

giacché tale concetto è operativo nell'ambito dei fenomeni in cui pretende di operare, cioè nell'ambito dei fatti giuridici. Pertanto dire che il diritto soggettivo è un potere "magico", e con ciò non si vuol negare la rilevanza di tale concetto dal punto di vista interno (quello dei soggetti protagonisti dei fatti in questione) -- e Hägerström e Olivecrona non lo vogliono¹⁰⁷ -- non significa nient'altro che dire che i diritti soggettivi non sono poteri di fatto, e che invece sono poteri giuridici, poteri cioè che agiscono direttamente solo sul piano dei fatti sociali ("istituzionali", o, meglio, come dice Ota Weinberger, "dipendenti dall'uomo")¹⁰⁸ e indirettamente su quello dei fatti naturali ("bruti", o, meglio, "indipendenti dall'uomo").

Facciamo un altro esempio. Secondo la narrazione biblica Dio disse "Ora sia fatta la luce", e per ciò stesso la luce fu. Questo è, a mio avviso, un caso tipico di atto che può correttamente definirsi "magico". Lo si può definire tale in quanto si afferma che la parola o una forma simbolica (un gesto, un rito) possano direttamente influire su, e modificare, fatti naturali. Ma se invece di "fiat lux" dicessimo, con le formalità richieste, "mi obbligo a consegnare la cosa x al signor y dietro il compenso z", non avremmo compiuto alcun atto "magico", giacché quella dichiarazione, quell'atto formale e simbolico, intende

107. "Hägerström's thesis that the ideas of rights and duties are metaphysical did not lead him to underrate their practical importance. On the contrary, he always stressed the enormous rôle played by them in the history of human society - for better and for worse" (K. OLIVECRONA, op.ult.cit., p.135).

108. Vedi O. WEINBERGER, Fatti e descrizioni di fatti. Riflessioni logico-metodologiche su un problema fondamentale delle scienze sociali, in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, Il diritto come istituzione, a cura di M. La Torre, Milano 1990, p.102.

determinare direttamente solo dei fatti sociali (che sono intessuti di parole, forme, simboli). Ciò però non significa in nessun caso che quella dichiarazione possa realizzare immediatamente uno stato di cose (determinare, cioè, dei fatti fisici). Per far ciò, quella dichiarazione deve metter in moto energie che possano agire sul medesimo piano dei fatti "bruti" che si vuole determinare. Così, in caso di inadempimento dell'obbligazione, dinanzi alla resistenza dell'obbligato ad adempiere, si finirà per ricorrere alla forza fisica (all'esecuzione forzata). Del pari, quella dichiarazione può obbligare un certo soggetto ad una certa condotta, ma essa (la dichiarazione) non basta, ovviamente, all'adempimento dell'obbligazione. A tale fine si rende necessario un comportamento (un fatto naturale) conforme alla dichiarazione in questione.

6.2. Una volta giunto ad affermare la "metafisicità" e l'origine magica dei poteri sussunti nella categoria del diritto soggettivo, Hägerström non va oltre a spiegarci il funzionamento e il ruolo di questi concetti metafisici nell'ambito delle società contemporanee. Ciò è colto bene da Olivecrona, che scrive in proposito: "When Hägerström had arrived at this point one would think that he would have turned his attention to explaining the actual use of the notions of rights and duties in modern jurisprudence and in social life in general. If his theory is, in the main, correct, a number of problems necessarily arise in this respect. But he never discussed these problems at any great length, perhaps because he thought that this should be the task

of the jurist. Instead, he directed his attention to the history of legal ideas".¹⁰⁹

Hägerström, difatti, si preoccupa più di dare un fondamento storico alla sua tesi della origine magica dei concetti di diritto soggettivo e di obbligo, e non si sofferma a spiegarci a fondo il rapporto tra questi concetti e i fenomeni giuridici e sociali. Hägerström in particolare conduce un'accurata indagine del concetto di obbligazione nel diritto romano cui dedica i due volumi di Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung.¹¹⁰

Il filosofo di Uppsala concentra così la sua indagine sull'atto di compravendita nel diritto romano antico: la mancipatio.¹¹¹ Questa -- come è noto -- consisteva formalmente in un'appropriazione unilaterale della cosa (o anche dell'essere umano, nel caso di acquisto di schiavi) oggetto della compravendita da parte del compratore, mentre il venditore si limitava a presenziare al trasferimento del bene senza pronunciare parola. Tale atto di acquisto possedeva i caratteri

109. K. OLIVECRONA, op.ult.cit., p.132.

110. I vol., Uppsala 1927; II vol., a cura di K. Olivecrona, Uppsala 1941. Per un'analisi di quest'opera, cfr. C. FARALLI, Diritto e magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo-giuridico, cit. Cfr. anche la lunga recensione del primo volume dell'opera di Hägerström scritta da Wilhelm Lundstedt e pubblicata in "Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", 1930, pp.75-116. Qui in via preliminare Lundstedt sottolinea "daß das, was man sich unter den juristischen Begriffen Recht, Pflicht, Obligation, Rechtsverhältnis, Rechtshandlung usw. vorstellt, keine Grundlage in Tatsachen hat, sondern reines Phantasieprodukt ist" (ivi, p.77).

111. Vedi H. HÄGERSTRÖM, Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung, vol.1, cit., p.35 ss.

di un vero e proprio rito. Se qualcuna delle forme richieste, qualcuno dei gesti prestabiliti, non fossero stati rispettati o eseguiti, l'atto non avrebbe avuto alcun valore giuridico e il trasferimento del bene non avrebbe avuto luogo. Olivecrona così descrive la mancipatio: "In the presence of five witnesses the buyer took a firm grip of one arm of the slave and recited a formula, in which the most important words were these: "I proclaim this man to be mine according to the law of the Roman citizens and to be bought by me through this price of copper". He then threw a piece of copper on a scale held by a person appointed for the purpose".¹¹²

Questo atto, e soprattutto la formula per cui il compratore dichiara suo l'oggetto della compravendita, ha per molto tempo attirato l'interesse degli studiosi di diritto romano, i quali si sono interrogati sul valore della dichiarazione del compratore, il quale con la formula della mancipatio ("hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra") asseriva un fatto che nel momento in cui la formula veniva recitata doveva ancora verificarsi. Infatti, al momento della pronuncia di quella formula la cosa non era ancora di proprietà dell'acquirente, ed anzi poteva accadere che, per il mancato rispetto di una qualche forma ulteriore, anche dopo la pronuncia della formula suddetta l'atto di compravendita risultasse invalido.

Hägerström comprende molto bene che la formula della mancipatio intende essere non la descrizione di uno stato di cose, bensì un enunciato operativo, carico di valenze simboliche e normative, uno speech act - diremmo noi oggi rifacendoci

112. K. OLIVECRONA, op.ult.cit., p.132.

all'opera di John Langshaw Austin,¹¹³ con il quale si trasferiva la proprietà di un bene. In proposito, così Olivecrona riporta il pensiero del suo maestro: "The utterance of the buyer was not true at the moment when it was made. But it was not meant to be a statement about the actual situation. The buyer had not the intention of telling the witnesses that he was already the owner of the slave. Everybody knew that he was not yet the owner. He used the words in order to acquire the right of property to make the slave his property. He actually did make him his property by using these words in the proper context and performing the proper gestures".¹¹⁴ E' interessante notare che Hägerström, per quanto qui ci dice Olivecrona, riconosce che attraverso l'impiego di quelle certe parole e di quelle certe forme lo schiavo diventava effettivamente (actually) proprietà del compratore.

Giunto a questo punto Hägerström, interrogandosi sulla natura della mancipatio, conclude però che ci troviamo con essa nell'ambito degli atti di magia, ovvero di atti cui si attribuisce un potere del tutto fantastico o immaginario. La spiegazione degli atti giuridici dell'antico diritto romano in termini di "poteri magici" viene poi da Hägerström applicata al diritto moderno. Pertanto come dice bene Olivecrona: "In Hägerström's opinion the notion of rights and duties are still fundamentally of the same nature as in ancient times. They have been watered down and the formal truly magical acts have disappeared. But still we speak of rights and duties as powers and bonds that are created and transferred by means of contracts".

¹¹³. Vedi J.L. AUSTIN, How To Do Things With Words, II ed., a cura di J.O. Urmson e M. Sbisà, Oxford 1982, e J.R. SEARLE, Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language, Cambridge 1969.

¹¹⁴. K. OLIVECRONA, op.ult.cit., p.132. Corsivo nel testo.

and other so-called operative facts. These powers and bonds do not belong to the world of facts".¹¹⁵

Questa è però, come si diceva prima, una spiegazione storica dei concetti giuridici, la cui origine è fatta risalire alle pratiche magiche delle società antiche. Qual è invece la spiegazione teorica che di tali concetti ci fornisce Hägerström? Egli a questo proposito ci offre una spiegazione psicologica delle nozioni di diritto soggettivo e di obbligo, in quanto "ideas which have nothing to do with reality".¹¹⁶ Il diritto soggettivo viene risolto così in una "idea di dovere",¹¹⁷ nel diritto che gli altri facciano il proprio dovere,¹¹⁸ ovvero anche in un "sentimento di potere".¹¹⁹ "Hägerström -- scrive Olivecrona -- also offers a psychological explanation. These notions, he says, are accompanied by certain emotions, or feeling. A feeling of strength naturally comes to him who believes that he has a

115. Ivi, p.133.

116. A. HÄGERSTRÖM, Inquiries into the Nature of Law and Morals, cit., p.4.

117. Vedi A. HÄGERSTRÖM, Rättsidéers uppkomst, in ID., Rätten och staten. Tre föreläsningar om rätts- och statsfilosofi, a cura di M. Fries, Stockholm 1962, pp.15-18. Per Hägerström i concetti giuridici sono "idee di dovere", le quali insieme con le "idee di valore" compongono l'insieme delle "idee morali". "De moraliska ideerna äro nu antingen värderdeér eller pliktidéer" (ivi, p. 2). Le "idee di valore" sono espressioni di sentimenti di piacere. Le idee di dovere invece esprimono un sentimento immotivato di costrizione e danno luogo ad un impulso volitivo ad agire.

118. In merito, cfr. E. PATTARO, Il realismo giuridico scandinavo, I, Axel Hägerström, cit., p.201 ss., e S. CASTIGNONE, La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia, cit., pp.89-90.

119. Vedi ad esempio, A. HÄGERSTRÖM, Inquiries into the Nature of Law and Morals, cit., p.15.

good right. "One fights better when one is standing up for one's rights", Hägerström says. There is a feeling of being backed by a superior power. This feeling is so to speak objectivated. One gets the impression that a real power is there, although it is impossible to seize it when one tries to do so".¹²⁰ Secondo Hägerström il diritto soggettivo esprime dunque un sentimento di potere, mentre per converso l'obbligo è connesso con un sentimento di costrizione: entrambi sono fondamentalmente espressioni di emozioni.

6.3. Io credo che la spiegazione psicologica dei concetti giuridici, che risolve questi in idee soggettive, in sentimentali espressioni emotive, non sia soddisfacente. Il diritto soggettivo non è un'espressione emotiva. Faccio un esempio per giustificare la mia opinione. Un bracciante povero dell'Andalusia crede molto probabilmente di aver diritto ad un appezzamento di terre. Nondimeno questa sua convinzione non gli consentirà di andare in giudizio per rivendicare il pezzetto di terra su cui egli "sente" di avere un diritto.

Va rilevato a questo proposito che la concezione per cui si dire "emotivistica" dei concetti giuridici è uno dei possibili sbocchi della concezione che individua solo tre fondamentali funzioni del linguaggio, quella descrittiva, quella prescrittiva e quella espressiva. Accettata questa tripartizione, la locuzione "diritto soggettivo" verrà in generale ricompresa tra le espressioni linguistiche prescrittive oppure tra quelle meramente espressive. D'altra parte, una teoria fortemente soggettivistica (com'è quella "psicologistica") finisce per non poter più distinguere tra diritti soggettivi giuridici e diritti morali, conducendo così ad una confusione del piano giuridico con quello

120. K. OLIVECRONA, op.ult.cit., p.134.

morale. Mi sia consentito di affermare en passant che a mio giudizio anche una teoria psicologistica dei diritti morali è ampiamente insoddisfacente, tenuto conto dell'ineliminabile carattere normativo e controfattuale dei giudizi morali.

Come ho sottolineato sopra, Hägerström riconosce che mediante la mancipatio (vista come un atto magico) si trasferisce effettivamente la proprietà del bene. Ed allora delle due l'una. O agli atti giuridici non corrisponde alcuna realtà, sia essa fisica o sociale, in quanto essi non possono agire causalmente su questa, ed allora essi, come l'enunciato "fiat lux", saranno atti meramente "magici". Oppure tali atti possono "mordere" -- per così dire -- la realtà, in ispecie quella particolare dimensione della realtà che ci è data dai fatti sociali, ed allora essi non possono dirsi atti "magici"; essi molto più semplicemente saranno atti linguistici di un tipo particolare, né descrittivi né prescrittivi, bensì "costitutivi" o -- come dice John Langshaw Austin -- "performativi".¹²¹ Ovvero o gli atti giuridici sono "magici" ed allora sono meri flatus vocis, la cui esecuzione non condiziona minimamente l'oggetto su cui essi vertono; oppure gli atti giuridici condizionano l'oggetto su cui vertono, ed allora non sono "magici". Oppure ancora, se li si vuole chiamare "magici", si è costretti a credere nei poteri della "magia" ed assumere di questa una visione in positivo come attività che effettivamente modifica fatti e cose, una volta accertato che quegli atti (gli atti giuridici) hanno effetti concreti in una certa realtà. Si badi che se si affermasse che quegli atti non hanno effetti in alcuna realtà, si dovrebbe sostenere che il diritto come tale non esiste e che tutto quello che passa con

121. Vedi J.L. AUSTIN, How To Do Things With Words, II ed., cit., p.6.

questo nome è "magia" in senso negativo, superstizione, finzione, illusione, allucinazione.¹²²

6.4. Nelle dottrine che sostengono l'"inesistenza" del diritto soggettivo due almeno sono -- a mio avviso -- gli assunti che risultano fallaci: (i) l'assunto secondo cui la qualificazione giuridica (ad esempio come diritto di proprietà)

122. Nonostante le mie riserve verso l'impostazione idealistica del suo pensiero, mi sento di condividere alcune delle critiche mosse alla teoria del diritto come "magia" di Hägerström dal filosofo e giurista tedesco Julius Binder. Vedi J. BINDER, recensione di A. Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, Uppsala 1927, in "Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", 1931, in particolare p.314: "Das Recht gehört nicht einer magischen, übernatürlichen Wirklichkeit, sondern derselben Wirklichkeit an, in der wir uns in unserer Alltätlichkeit bewegen und die eben nicht nur die Wirklichkeit der Natur sondern auch die Wirklichkeit der Kultur, [...] ist". Come fa notare Hart se si sostiene il carattere "magico" degli atti negoziali a maggior ragione deve ritenersi che gli atti legislativi e in genere ogni formulazione di norme giuridiche rientrino nell'ambito del "magico": "Hägerström's approach suffered badly from the failure to notice that the theory that creation, transfer or modification of obligation and rights was "magical" had just as much (so just as little) force in relation to the central operative words used in the enactment of a modern statute imposing obligations (H.L.A. HART, Legal and Moral Obligation, in Essays in Moral Philosophy, a cura di I. Melden, Seattle and London 1958, p.87).

Per una riflessione critica sull'uso del concetto di "magia" nello studio delle culture diverse dalla nostra, e più in generale nell'analisi dei fenomeni sociali, non può non rinviarsi a L. WITTGENSTEIN, Bemerkungen über Frazer's "The Golden Bough", anche in Sprachanalyse und Soziologie. Die sozialwissenschaftliche Relevanz von Wittgensteins Philosophie, a cura di R. Wiggershaus, Frankfurt 1975, pp. 47-57. In questo scritto Wittgenstein critica un uso di quello che potremmo definire il "paradigma magia", il quale ricorda molto l'impiego che di quel concetto ("magia") fa Hägerström.

di una situazione di fatto (ad esempio la detenzione di un bene) sia comunque posteriore (anche solo logicamente) alla situazione di fatto; (ii) l'assunto secondo cui vanno accomunati sotto un'unica categoria fatti naturali e fatti sociali, fatti "bruti" e fatti "istituzionali", riducendo i secondi ai primi, dimodoché non si darebbero altri fatti se non quelli "naturali" o "bruti".

Le dottrine che affermano l'"inesistenza" del diritto soggettivo sono fallaci, per ciò che concerne il punto (i), perché nel campo dei fenomeni giuridici l'elemento di fatto, materiale, non si dà nudo, o "bruto", ma è sempre rivestito di una qualificazione normativa. Essere proprietari, eredi o creditori non è mai un fatto meramente materiale, ma è sempre un fatto sociale, vale a dire un fatto qualificato secondo certe norme e certi concetti normativi. La condizione di proprietario presuppone il concetto di diritto di proprietà. Essere proprietario significa essere titolare di un diritto di proprietà. Parimenti il diritto di credito è presupposto nell'essere creditori. Essere creditori significa poter far valere un diritto di credito.

E' dunque abbastanza arbitrario, nell'ambito dei fenomeni sociali e normativi, distinguere un elemento meramente materiale (fattuale) ed un elemento meramente formale (normativo): questi sono intimamente connessi.¹²³ Si pensi al concetto di "detenzione" distinto dal "possesso" o dalla "proprietà". Tale concetto, che parrebbe un'esemplificazione di una situazione "puramente fattuale", è definito dalla dottrina in termini negativi con riferimento ai concetti di "proprietà" e di

123. "L'operazione di separare artificialmente il frastico dal neustico prescrittivo può essere facile; meno facile è separare il senso normativo dal fatto "bruto" - scrive Anna Pintore (A. PINTORE, La teoria analitica dei concetti giuridici, cit., p.282).

"possessione". Anche la situazione corrispondente a tale concetto risulta così un fatto "qualificato" (seppure in maniera negativa). Si potrebbe piuttosto parlare di diversi modi di qualificazione di un fatto sociale.

Per ciò che concerne il punto (ii), le dottrine dell'"inesistenza" del diritto soggettivo sono fallaci poiché esse non tengono conto che nei fatti sociali vi è un elemento che invece risulta assente nei fatti naturali: l'intenzione o lo scopo dell'agente, i quali sono a loro volta filtrati attraverso lo schermo simbolico che costituisce la cultura di un dato gruppo sociale. D'altra parte, poiché i fatti sociali sono radicati nel tessuto normativo di una comunità, e quindi poggiano su uno strato formale di simboli, è possibile che si abbiano dei fatti sociali senza che abbia luogo alcun accadimento naturale specifico. Si pensi, ad esempio, alla rilevanza giuridica del tempo, ed a fatti giuridici quali la decadenza o la prescrizione estintiva. In tali casi, dal punto di vista dei fatti naturali nulla è accaduto (se non il normale ed implacabile scorrere del tempo), ma dal punto di vista normativo ha avuto luogo una modificazione essenziale: la perdita di un diritto. Si pensi ancora al silenzio, e ai vari significati, talvolta opposti, che ad esso, a seconda dei sistemi normativi e delle materie regolate, viene attribuito.

Nondimeno, in almeno due sensi può plausibilmente negarsi "realtà" al diritto soggettivo. (a) In un primo senso, là dove si ritiene che la realtà si riduca alla materialità degli accadimenti fisici, è abbastanza pacifico che la locuzione "diritto soggettivo" non denoti alcuna particolare entità

fisica.¹²⁴ (b) In un secondo senso, là dove si riconosce che oltre la realtà fisica si danno altre sfere di realtà, in particolare la sfera della realtà sociale, il diritto soggettivo è parte di, è ricompreso in, un dato ordinamento, che ne è il prius "logico" e "ontologico". La realtà sociale, come si è accennato sopra, è data fondamentalmente dalla rete culturale e simbolica di una certa società, dai costumi, dalle tradizioni e credenze di un popolo in una certa epoca storica. Vi è qui un intreccio di idee, regole e azioni: idee che si sostanziano in certe regole, regole che rendono possibili (pensabili) azioni, azioni la cui esecuzione fa sì che le regole corrispondenti "esistano" come fenomeni sociali. Quando Theodor Geiger riconduce il diritto soggettivo a una norma,¹²⁵ se per norma si intende quella sociale, difficilmente gli si può dare torto. Del resto, da un punto di vista logico, come fa notare Guido Fassò,¹²⁶ il diritto soggettivo rimanda a un diritto oggettivo, vale a dire ad un sistema normativo. Insomma, il diritto soggettivo presuppone un sistema normativo, non può darsi senza questo.

Comunque, rispetto al sistema normativo che lo pone, il diritto soggettivo conserva una certa indipendenza e autonomia.

124. Cfr. A. WHITE, Rights, Oxford 1984, capitolo primo. "Gewiss - scrive Binder - sind die Versuche, "das subjektive Recht im positiv-rechtlichen Sinn auf eine vermeinte natürliche Wirklichkeit ... zurück zuführen" als verfehlt zu betrachten; aber nur deshalb, weil das Recht nicht zu der Welt der Naturerscheinungen gehört" (J. BINDER, op.cit., p.314; rendo col corsivo lo spaziato del testo).

125. Vedi T. GEIGER, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Darmstadt 1964, p.166 ss.

126. Vedi G. FASSÒ', Riflessioni logico-storiche su diritto soggettivo e diritto oggettivo, ora in ID., Scritti di filosofia del diritto, vol.2, a cura di E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, Milano 1982, p.959 ss.

Ciò significa che il "linguaggio dei diritti" non è senza residui e contraccolpi riducibile al "linguaggio dei doveri".¹²⁷

7. I limiti del diritto

7.1. In una società possono identificarsi, in prima approssimazione, almeno tre distinti livelli normativi. Un primo livello è in certo qual senso costitutivo dell'essere sociale. Tale livello "primigenio" ci è dato dal linguaggio naturale, da una certa lingua storicamente data. Su tale livello fondamentale si innesta un secondo livello normativo, che ci è dato dai costumi di una società, dalle sue tradizioni, dalle sue credenze, morali, religiose, politiche, dalle sue teorie scientifiche ed epistemologiche, dalla sua concezione del mondo. Il terzo livello è quello più specificamente giuridico, là dove le norme sociali si precisano e si fissano in forme più evidenti per i consociati, si fanno norme scritte e si stabiliscono procedure per l'accertamento di queste per il caso di violazione, controversia o contestazione.

Per ciò che concerne il diritto soggettivo, se ci collochiamo sul secondo livello, è abbastanza chiaro che tale posizione normativa può ricondursi ad una norma sociale. Ciò non è altrettanto chiaro sul terreno delle norme giuridiche in senso stretto. Qui ci troviamo dinanzi ad una alternativa. Possiamo

127. Ciò sembra ammesso anche da Olivecrona quando critica la concezione benthamiana dei diritti come prodotti dei comandi e divieti del sovrano: vedi K. OLIVECRONA, Bentham's "Veil of Mystery", in "Current Legal Problems", 1978, pp. 234-235. Di questa opinione è anche Eugenio Bulygin, che questo argomento - in una discussione all'ITAM di Città del Messico nel settembre 1991 - ha opposto a una ricostruzione del concetto di diritto soggettivo proposta da Robert Alexy.

costruire il sistema giuridico come "chiuso", ed allora le fonti del diritto saranno esclusivamente interne al sistema stesso, e questo tenderà a distaccarsi sempre più dal secondo livello normativo che pure è alla base di esso. Oppure possiamo costruire il sistema giuridico, il cui fondamento risiede comunque nelle norme sociali (costumi, tradizioni, credenze, teorie), come "aperto", come attraversato da conflitti tra le norme, il diritto cosiddetto "oggettivo", e l'autonomia del soggetto, le sue pretese, le sue rivendicazioni, cosicché il soggetto si configura come detentore di un proprio originario potere normativo.

Il diritto soggettivo è, nella storia giuridica dell'Occidente, l'istituto, la categoria, il concetto, il meccanismo che rende, esprime, mette in moto, il potere normativo del soggetto rispetto al diritto oggettivo. Accettando questa figura, il sistema giuridico non riesce a chiudersi su se stesso, e lascia aperto un varco attraverso il quale i bisogni e il movimento della società penetrano entro le mura del diritto oggettivo, contribuendo a renderlo flessibile alle trasformazioni.

D'altra parte, l'espulsione completa della soggettività, dell'autonomia del soggetto dal sistema giuridico risulta impraticabile. Su tale scoglio si infrangono gli sforzi della dogmatica giuridica di configurare l'ordinamento giuridico come perfettamente conchiuso. Questi sforzi passano anche attraverso il tentativo di elaborare una scienza giuridica "pura", la quale rimanda ad un oggetto parimenti "puro", un non meglio identificato incontaminato mondo del "dover essere".

Anche le dottrine che più radicalmente rigettano il concetto di diritto soggettivo non riescono a fare a meno di qualunque

idea di intenzionalità dell'azione giuridica.¹²⁸ Il sistema normativo, checché se ne dica, non può muoversi automaticamente e cineticamente, ma si compone sempre anche di intenzioni, di volontà, di atti, e non solo al momento della produzione della norma ma anche al momento della sua applicazione ed esecuzione. Anche al sistema giuridico più chiuso si rende necessario lasciare spazi all'autonomia soggettiva, sia pure solo per mettere in moto l'azione giudiziale.

7.2. Le norme giuridiche, malgrado tutto, poggiano su quelle sociali, devono presupporre una infinità di cose regolate da costumi, tradizioni, credenze, teorie. Le norme giuridiche sono così in qualche modo subordinate alle norme sociali: esse traggono il loro "senso" da queste ultime. Non solo, ma le norme giuridiche si giustificano in quanto "servono la società". Di conseguenza, vanno mantenuti degli interstizi dai quali penetrino nelle aule silenziose (e buie) del diritto i clamori (e i chiarori) della società.

I limiti del diritto pertanto non sono segnati da una concezione strumentale e riduzionistica dei concetti giuridici (e quindi anche dei diritti), ovvero dalla "convinzione che i concetti giuridici vadano trattati come meri strumenti espositivi di contenuti normativi già presenti nel diritto".¹²⁹ Questa convinzione, oltre a risultare assai discutibile sul piano semantico ed epistemologico, oltreché giuridico (facendo violenza al modo in cui operano in concreto giudici, avvocati ed altri

128. Cfr. M. LA TORRE, La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista, Milano 1988, capitolo quarto.

129. A. PINTORE, La teoria analitica dei concetti giuridici, cit., p.318.

operatori del diritto), pone dei limiti al diritto di tipo puramente convenzionale: il diritto cioè qui può occuparsi di tutto, disporre qualsiasi condotta, ma non può disporre alcunché ... che non disponga. I limiti del diritto sono, secondo questa impostazione, quegli stesi che il diritto si dà (fondamentalmente mediante la promulgazione di leggi scritte).

Io credo invece che i "limiti del diritto" vadano ricercati non tanto in una assai problematica "undefeasibility" di disposizioni e concetti giuridici (la quale dovrebbe assicurarci contro l'eccessiva discrezionalità dei giudici) quanto per un verso in una assennata divisione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario (questione politico-istituzionale e non semiotica) e nell'adozione di procedure razionali e controllabili di decisione giudiziaria, e d'altro verso nell'apertura consapevole (ché quella inconsapevole v'è comunque) dell'ordinamento giuridico a momenti esterni ad esso. Uno di questi, e tra i più importanti, è la teoria giuridica che trasuda in norme e concetti giuridici e che non può essere rinchiusa entro le mura dell'ordinamento in questione, se questo è inteso come sistema conchiuso di norme.¹³⁰ Un altro elemento relevantissimo è quello della intenzionalità dei soggetti agenti, anch'essa ovviamente irriducibile ad un sistema di norme, la quale trova espressione, negli ordinamenti giuridici moderni, nel concetto e nell'istituto del diritto soggettivo.

7.3. Neil MacCormick elenca quattro principali caratteristiche comuni a tutto ciò che noi chiamiamo "diritto soggettivo". (i) Innanzitutto, i diritti sono entità esistenti

130. Mi sembra questo il succo di un recente intervento di M. JORI, Paradigms of Legal Science, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1990, p.230 ss.

things which it would be advantageous to me to have, but to which I have no right".¹³⁴

Inoltre, secondo MacCormick l'operatività del concetto di diritto soggettivo presuppone la certezza del diritto. Avere il diritto di fare qualcosa significa quantomeno che questa certa condotta non è illecita. "That I have a right to do something implies at least that doing it is not wrong".¹³⁵

Avere un diritto di a implica -- secondo MacCormick -- (a) che a, ovvero la libertà o discrezione rispetto ad a, sia considerato un bene, e (b) che sia concessa al soggetto una forma appropriata di "sicurezza normativa" (normative security) su a o sulla libertà o discrezione rispetto ad a.¹³⁶ Tale "sicurezza normativa" può essere assicurata dall'ordinamento secondo differenti modalità. Lo studioso scozzese individua quattro principali modi di assicurare tale "sicurezza normativa".

(i) Il primo modo è quello del cosiddetto "permesso debole", vale a dire il permesso di fare tutto ciò che non sia esplicitamente vietato (all'interno dell'ordinamento giuridico dato). (ii) Il secondo modo si sostanzia nel "potere" di porre in essere un certo stato di cose giuridicamente rilevante. (iii) Il terzo modo è quello di imporre doveri a soggetti i quali sono obbligati a porre in essere uno stato di cose tale da realizzare una certa aspettativa di un individuo determinato. (iv) Il quarto modo, infine, è sussidiario rispetto ai primi tre, e consiste nella statuizione di limiti ben definiti al potere di modificare le norme che fondano (i), (ii) e (iii). "The security of rights - - scrive MacCormick -- depends at least as a matter of degree on

134. Ibidem.

135. Ivi, p.165.

136. Vedi ivi, p.170.

restricting the ability of all or most individuals unilaterally to change the norms under which rights are constituted. Hence restrictions on normative powers, up to the very point of formal constitutional entrenchment of fundamental rights, is an important element in that securing of goods to individuals which has been proposed here as the very gist of 'rights' as such".¹³⁷

Questi differenti modi di assicurare "sicurezza normativa" rispetto a quel bene detto "diritto soggettivo" non implica però -- nell'argomentazione di MacCormick -- che a ciascun "modo" corrisponda un certo distinto tipo di diritto soggettivo. MacCormick è ben lontano dalle posizioni di un Hohfeld, che isolando alcune fondamentali situazioni giuridiche soggettive coperte usualmente tutte dalla locuzione "diritto soggettivo" riserva poi solo ad una di quelle situazioni l'onore di appellarsi right.

Per MacCormick è ben concepibile, è anzi quanto accade comunemente, che un certo diritto soggettivo ricomprenda più di uno di quei "modi". Ciò significa che mentre per lo studioso scozzese è inaccettabile la posizione di Hohfeld, del pari ingiustificata è la pretesa di Alan White che ritiene non esservi differenze sostanziali tra i vari tipi di situazioni giuridiche soggettive comunemente dette "diritti" e riduce questi ad un solo tipo. "Not all rights are either instances of the simple Hohfeldian categories, or reducible without residue to aggregations thereof. [...] While agreeing with Professor White that the concept of 'right' does have a basic unity I disagree with his doubt that there really are different kinds of rights".¹³⁸

137. Ivi, pp.169-170.

138. Ivi, p.173.

7.4. Mi preme sottolineare che MacCormick rigetta l'approccio hohfeldiano per cui il concetto di diritto soggettivo può essere ridotto senza eccedenze (without residue -- come dice lo studioso scozzese) a qualche tipo, o alla somma, delle situazioni giuridiche soggettive isolate da Hohfeld. Queste, com'è noto, sono individuate dal giurista americano con riferimento ad una corrispondente posizione soggettiva di soggezione ad un precetto, vale a dire mediante il filtro di una concezione rigidamente prescrittivistica per cui la realtà prima ed ultima del diritto è fatta di comandi, ordini, precetti, prescrizioni, imperativi.¹³⁹

MacCormick così afferma una sorta di "eccedenza di contenuto deontologico"¹⁴⁰ presente nel concetto di diritto soggettivo, affermazione grosso modo dello stesso tenore di quella di Ronald Dworkin a proposito del concetto di "contratto". Anche Dworkin punta i suoi strali critici contro le dottrine riduzionistiche che tentano di ricostruire il contratto nei termini di norme o prescrizioni rivolte ai giudici. "There must be -- scrive Dworkin -- some differences in meaning between the proposition that a contract is valid and the proposition that judges have a duty to enforce the promises that compose the contract, because the former statement is ordinarily taken as providing an argument for the latter, not merely as a question-begging restatement of it".¹⁴¹

139. Vedi HOHFELD, Fundamental Legal Conceptions, Cambridge, Mass. 1927.

140. Come è noto, l'espressione è di Ugo Betti, che peraltro non la usa con riferimento al concetto di diritto soggettivo. Vedi U. BETTI, L'interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano 1949, p.316.

141. R. DWORKIN, Is There Really No Right Answer in Hard Cases?, ora in ID., A Matter of Principle, Oxford 1986, pp.124-125.

L'affermazione che un contratto è valido non è -- secondo Dworkin -- riducibile all'affermazione che i giudici hanno il dovere di far eseguire il contratto, innanzitutto perché quest'ultimo dovere si giustifica con l'affermazione della validità del contratto. Quest'ultima affermazione ha una indipendenza tale dall'affermazione che i giudici hanno il dovere di far eseguire il contratto che essa costituisce di regola la ragione per l'enunciazione dell'affermazione riguardo al dovere dei giudici.

Quanto appena detto vale -- per Dworkin -- anche per il concetto di diritto soggettivo. La titolarità di un diritto è un argomento del ragionamento giuridico non riducibile interamente all'affermazione di un obbligo, giacché costituisce in questo ragionamento la ragione della vigenza di quell'obbligo.¹⁴²

L'"eccedenza di contenuto deontologico" della nozione di diritto soggettivo sfugge così ad una interpretazione del concetto di diritto (oggettivo) in termini rigidamente prescrittivistici e rimanda ad una riflessione sui "limiti" del diritto (oggettivo). Quest'ultimo presuppone nozioni, concetti, idee, teorie, ed anche regole e principi, i quali non trovano (e non potrebbero trovare) formulazione espressa nell'ordinamento giuridico positivo. Le norme giuridiche positive, inoltre, non regolano esse stesse le modalità della propria applicazione, in quanto le norme possono dinanzi al caso concreto sempre essere applicate in modi abbastanza diversi tra loro, la cui

142. E' questo l'argomento che permette a Joseph Raz di difendere una tesi antiriduzionistica: "It is wrong to translate statements of rights into statements of 'the corresponding' duties. A right of one person is not a duty on another. It is the ground of a duty, a ground which, if not counteracted by conflicting considerations, justifies holding that other person to have the duty" (J. RAZ, On the Nature of Rights, in "Mind", 1984, p.207).

precisazione e regolamentazione necessiterebbe ulteriori norme di secondo grado, e queste a loro volta norme di terzo grado, e così via praticamente all'infinito.¹⁴³ L'attribuzione di un diritto soggettivo, rimandando alla discrezionalità e alla prudenza di un soggetto concreto, risolve in parte questo problema, affidandosi indirettamente a quei "criteri di opportunità" (Angemessenheitskriterien) che sono stati di recente considerati come il principio regolativo dell'applicazione delle norme (in quanto distinta dalla loro giustificazione).¹⁴⁴

Sono questi i "limiti" del diritto, limiti estrinseci ad esso, "limiti" nel senso che ne limitano le tentazioni di autosufficienza (così ricorrenti nella dottrina e nella prassi giuridica) e di chiusura rispetto al "resto". Che è poi, anche nelle questioni giuridiche, ciò che conta veramente.

143. "Rules cannot provide for their own application" (H.L.A. HART, Problems of the Philosophy of Law, ora in ID., Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford 1983, p.106).

144. Vedi per questo concetto K. GÜNTHER, Der Sinn für Angemessenheit, Frankfurt am Main 1988, p.287 ss.



EUI WORKING PAPERS

EUI Working Papers are published and distributed by the
European University Institute, Florence

Copies can be obtained free of charge – depending on the availability of
stocks – from:

The Publications Officer
European University Institute
Badia Fiesolana
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

Please use order form overleaf

Publications of the European University Institute

To The Publications Officer
European University Institute
Badia Fiesolana
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

From Name

Address

.....

.....

.....

.....

- ☐ Please send me a complete list of EUI Working Papers
- ☐ Please send me a complete list of EUI book publications
- ☐ Please send me the EUI brochure Academic Year 1992/93

Please send me the following EUI Working Paper(s):

No, Author

Title:

No, Author

Title:

No, Author

Title:

No, Author

Title:

Date

Signature

Working Papers in Law

LAW No. 90/1

David NELKEN
The Truth about Law's Truth

LAW No. 90/2

Antonio CASSESE/Andrew
CLAPHAM/Joseph H.H. WEILER
1992 – What are our Rights?
Agenda for a Human Rights
Action Plan

LAW No. 90/3

Sophie PAPAETHYMIU
On a "Constructivist
Epistemology of Law"

LAW No. 90/4

Joachim WÜRMELING
Legislativer Trilog im Institution-
ellen Dreieck der Europäischen
Gemeinschaft. Das Verfahren der
Zusammenarbeit nach Artikel
149 Absatz 2 EWGV.

LAW No. 90/5

Renaud DEHOUSSE
Représentation territoriale et
représentation institutionnelle:
réflexions sur la réforme du Sénat
belge à la lumière des expériences
étrangères

LAW No. 90/6

J. KORTE (ed.)/
A. E. KELLERMANN/
W. M. LEVELT-OVERMARS/
F. H. M. POSSEN
Primus Inter Pares: The European
Court and National Courts.
The Follow-up by National Courts
of Preliminary Rulings

ex Art. 177 of the Treaty of
Rome: A Report on the Situation
in the Netherlands

LAW No. 90/7

Reiner GRUNDMANN
Luhmann Conservative, Luhmann
Progressive

LAW No. 90/8

Bruno DE WITTE
The Integrated Mediterranean
Programmes in the Context of
Community Regional Policy *

LAW No. 90/9

Anne-Laurence FAROUX
Le Ministère de la Culture en
France: Création et organisation

* * *

LAW No. 91/10

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 1

Christian JOERGES
*The Juridification of Product
Safety Policy*

LAW No. 91/11

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 2

Gert BRÜGGEMEIER/
Hans-W. MICKLITZ
*Product Safety Legislation
in France and in the United
Kingdom*

LAW No. 91/12

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 3

Gert BRÜGGEMEIER/

Josef FALKE/Christian JOERGES
*Product Safety Legislation in the
Federal Republic of Germany and
in the United States*

LAW No. 91/13

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 4

Josef FALKE/Christian JOERGES
*"Traditional" Harmonisation
Policy, European Consumer Pro-
tection Programmes and the New
Approach*

LAW No. 91/14

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 5

Christian JOERGES/
Hans-W. MICKLITZ
*Internal Market and Product
Safety Policy*

LAW No. 91/15

Christian JOERGES
Markt ohne Staat? Die
Wirtschaftsverfassung der Ge-
meinschaft und die Renaissance
der regulativen Politik

LAW No. 91/16

Erk Volkmar HEYEN
Systemic Interference and Social
Segmentation of Scientific Legal
Discourse: Some Theoretical
Perspectives and Empirical

Results in the Field of Continental
Administrative Law

LAW No. 91/17

Andrea SCHULZ
Verfassungsrechtliche Grundlagen
der auswärtigen Kulturpolitik

LAW No. 91/18

Hans-W. MICKLITZ
Internal Legal Instruments for the
Regulation and Control of the
Production and Use of Chemicals
and Pesticides

LAW No. 91/19

Hans Ulrich Jessurun
d'OLIVEIRA
Class Actions in Relation to
Cross-Border Pollution.
A Dutch Perspective

LAW No. 91/20

Luis María DíEZ-PICAZO/
Marie-Claire PONTTHOREAU
The Constitutional Protection of
Social Rights: Some Comparative
Remarks

* * *

LAW No. 92/21

Aidan O'NEILL/Jason COPPEL
The European Court of Justice
Taking Rights Seriously?

LAW No. 92/22

Massimo LA TORRE
Linguaggio giuridico e realtà
sociale. Note sulla critica
realistica del concetto di diritto
soggettivo

